



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

**ANÁLISE DOS LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM  
POLÍTICAS PÚBLICAS:**

Uma Análise Jurídico-Econômica do Impacto Marginal de tal Intervenção na  
Sociedade

BRASÍLIA

2014

**DÉBORA COSTA FERREIRA**

**ANÁLISE DOS LIMITES À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO EM  
POLÍTICAS PÚBLICAS:**

Uma Análise Jurídico-Econômica do Impacto Marginal de tal Intervenção na  
Sociedade

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Cursos  
Sociais do Centro Universitário de Brasília -  
UniCEUB.

Orientador: Prof. João Ferreira Braga

**BRASÍLIA**

2014

FERREIRA, Débora Costa.

Análise dos limites à intervenção do Judiciário em políticas públicas – Brasília: FERREIRA, Débora Costa, 2014

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Cursos Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. João Ferreira Braga

Direito Constitucional. 2. Políticas Públicas. 3. Poder Judiciário. 4. Limites. 5. Análise custo-benefício.

I. Análise dos limites à intervenção do Judiciário em políticas públicas

**DÉBORA COSTA FERREIRA**

**Análise dos limites à Intervenção do Judiciário em Políticas  
Públicas:**

Uma Análise Jurídico-Econômica do Impacto Marginal de tal Intervenção na  
Sociedade

Monografia apresentada ao Faculdade de Economia,  
Administração e Contabilidade – FACE, da  
Universidade de Brasília – UnB, como requisito parcial  
à obtenção do grau de bacharel em Ciências  
Econômicas.

**Análise Comparativa da Influência do Judiciário nas Políticas Públicas entre  
Estados Brasileiros**

Brasília, \_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014

**Banca examinadora:**

---

Professor orientador: João Ferreira Braga

---

Professor Examinador

---

Professor Examinador

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço à minha família, especialmente, aos meus pais, que sempre me ensinaram a lutar pelo que quero e me apoiaram incondicionalmente; aos meus professores, que me trouxeram onde hoje estou; ao meu orientador, que muito me inspira na busca pelo conhecimento para transformar a realidade por meio do Direito e aos meus amigos e colegas, que tornaram esses cinco anos de estudos mais leves e prazerosos.

## RESUMO

O presente estudo, após investigar o fenômeno da judicialização das políticas públicas e os fatores que lhe conferem legitimidade, se propõe a analisar limites mais bem definidos à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade, perspectiva essa não utilizada convencionalmente pelos autores que tratam do tema. A partir daí, mensura-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2012, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo. Os resultados demonstraram que a Justiça Estadual ainda não alcançou os referidos limites, mas está cada vez mais próximo dele.

**Palavras-Chave:** Direito Constitucional. Políticas Públicas. Poder Judiciário. Limites. Análise custo-benefício.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>3</b>
1.1 Intervenção do Judiciário nas políticas públicas – um fato.....	3
1.2 Circunstâncias que desencadearam a judicialização das políticas públicas no Brasil.....	4
1.3 A questão da legitimidade.....	8
<b>2 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>12</b>
2.2 Limites doutrinários e jurisprudenciais .....	12
2.2 Análise de custo-benefício social como parâmetro de estipulação dos limites.....	14
2.3 Instrumentos processuais como ferramentas para se estabelecerem limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas .....	17
<b>3 ANÁLISE FORMAL DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS NAS JUSTIÇAS ESTADUAIS.....</b>	<b>20</b>
<b>3.1 Papel <i>Veto Player</i> .....</b>	<b>21</b>
3.1.1 Papel <i>veto player</i> no Brasil.....	22
3.1.2 Papel <i>veto player</i> nos estados .....	25
3.1.3 Índice <i>veto player</i> (VP).....	26
<b>3.2 Papel <i>Policy Player</i>.....</b>	<b>27</b>
3.2.1 Papel <i>policy player</i> no Brasil.....	28
3.2.2 Papel <i>policy player</i> nos estados.....	30
3.2.3 Índice <i>Policy player</i> (PP) .....	31
<b>3.3 Papel <i>Referee Player</i> .....</b>	<b>32</b>
3.3.1 Papel <i>referee player</i> no Brasil .....	32
3.3.2 Papel <i>referee player</i> para os estados .....	33
3.3.3 Índice <i>Referee Player</i> (RP).....	33
<b>3.4 Papel <i>Alternative Societal Representative Player</i> .....</b>	<b>34</b>
3.4.1 Papel <i>alternative societal representative player</i> no Brasil.....	35
3.4.2 Papel <i>alternative societal representative</i> nos estados .....	37
3.4.3 Índice <i>alternative societal representative player</i> (ASP).....	37
<b>3.5 Índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP).....</b>	<b>38</b>
<b>3.6 Índice de Desenvolvimento Humano .....</b>	<b>38</b>
<b>3.7 Resultados .....</b>	<b>38</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>47</b>
<b>ANEXO.....</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo central do presente estudo consiste na proposição de um novo parâmetro para limitar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, a partir da análise de custo-benefício social de tais provimento judiciais. Subsidiariamente, pretende-se mensurar o nível dessa interferência por parte das Justiças Estaduais para verificar se essa atuação ainda se encontra dentro dos limites propostos ou já os ultrapassou.

Muito se discute a respeito dos limites de atuação legítima do Judiciário no âmbito das políticas públicas sem que se transgrida o princípio da separação dos poderes. A atual doutrina e jurisprudência estabelecem suas balizas teóricas com base nos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade da pretensão. Contudo, diante da grande subjetividade que envolve tais definições, propõe-se o estabelecimento de parâmetros mais sólidos e objetivos, por meio da expansão do princípio da razoabilidade para se adentrar na análise de custo-benefício social das decisões judiciais.

Desse modo, a atuação judicial no campo das políticas públicas deve limitar-se ao ponto em que seu benefício social se iguale ao seu custo social, uma vez que, ultrapassado esse ponto, os custos superam os benefícios, trazendo prejuízos à sociedade. Para uma melhor delimitação por parte dos magistrados, defende-se a máxima ampliação do grau de cognição do processo, possibilitando que as partes demonstrem os reais custos e benefícios que envolvem a demanda, o que legitima, ao mesmo tempo, o procedimento.

A mensuração do grau de intervenção das Justiças Estaduais nas respectivas políticas públicas entre 2009 e 2012<sup>1</sup>, consubstanciada no índice IJEPP<sup>2</sup>, foi realizada por intermédio de indicadores obtidos para os quatro principais papéis do Judiciário nesse âmbito, apresentados por Mariane de Sousa (SOUSA, 2010): o de vetar políticas públicas inconstitucionais (papel “*veto player*”); o de amoldar seu conteúdo (papel “*policy player*”), o de forçar a sua implementação depois de promulgadas (papel “*referee player*”) e o de reinterpretar a lei no caso concreto visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (papel “*alternative societal representative*”).

Os resultados indicam que a atuação das Justiças Estaduais ainda se encontram dentro dos limites propostos pelo estudo, visto que apresentam, para os anos de 2009 a 2012, correlação positiva e significativa entre o IJEPP e o Índice de Desenvolvimento Humano

---

<sup>1</sup> Anos em que há dados disponibilizados pelo Justiça em Números do CNJ.

<sup>2</sup> Índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas.



(IDH), que aqui representa o nível de bem-estar social e desenvolvimento do estado federado. Ainda assim, há de se asseverar que, no decorrer dos anos analisados houve uma diminuição do valor da referida correlação, o que indica que essa atuação tem caminhado para atingir o limite, a partir do qual a correlação será negativa, o que impõe ao presente estudo o dever de alertar a sociedade e os aplicadores do direito quanto à atuação judicial no campo das políticas públicas, para que, agindo com cautela, não se excedam os referidos limites.

Na próxima seção – seção 2 –, será feita uma ambientação teórica a respeito do fenômeno da judicialização das políticas, apontando suas causas, as teorias a respeito da legitimidade para essa atuação. A seção 3 traz a discussão sobre os limites da intervenção do Judiciário nas políticas públicas, com os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, a apresentação da tese do estudo e as ferramentas processuais para sua realização. Na seção 4, procede-se à análise empírica, apresentando detalhadamente cada um dos papéis, as variáveis e os resultados. Enfim, a 5ª seção traz as conclusões do trabalho.

## 1 JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS

### 1.1 Intervenção do Judiciário nas políticas públicas – um fato

Independentemente dos diversos posicionamentos existentes, a intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas é um fato inegável (SADEK, 2013). Observa-se atualmente um crescente número de decisões judiciais que se imiscuem na consecução de direitos sociais que já se encontram contemplados em políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Os magistrados também proferem decisões que influenciam diretamente a configuração dessas políticas.

Nesse passo, essa atuação mais ativa tem se expandido para áreas originalmente de competência dos outros Poderes, como uma verdadeira relocação do sistema de freios e contrapesos, superando-se a tradicional separação dos poderes (ACKERMAN, 2000, ZANETI, 2013) e conferindo ao Judiciário – sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal (STF) – um escopo político (ZUFELATO, 2013). Cunhou-se, para tanto, o termo de “judicialização das políticas públicas”, que não se confunde com o “ativismo judicial”, qual seja, a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição (BRANDÃO, 2012). Nas palavras de Lênio Streck (STRECK, 2013):

“Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade.” (STRECK, 2013)

Sobre a judicialização, Barroso (BARROSO, 2010) conceitua:

“Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.” (BARROSO, 2010)

Ressalte-se que aqui o conceito de políticas públicas é tratado em seu sentido amplo, qual seja, o conjunto de diretrizes e ações governamentais que resultam de processos juridicamente regulados visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados,

tornando efetivos princípios constitucionais relacionados ao conceito de cidadania (LEONEL, 2013 ; BUCCI, 1997).

Vallinder e Tate (VALLINDER, TATE, 1995) reconhecem que os dois modos mais expressivos da judicialização da política se dão quando o jurisdicionados provocam o Judiciário para que solucionem problemas políticos e quando os poderes políticos assimilam as decisões judiciais no seu âmbito de atuação. Relevante destacar que, segundo a teoria dos sistemas de Luhmann (LUHMANN, 1980), é a Constituição – por meio da declaração dos direitos e garantias fundamentais – que promove esse acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político, ou seja, a abertura cognitiva do Direito às questões políticas, mantendo ainda o seu fechamento operativo, segundo o código binário lícito-ilícito.

Para melhor exemplificar tal interpenetração entre temas jurídicos e políticos, pode-se citar as ações em que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a verticalização das coligações partidárias (ADIs 3.685/2006, 2.626/2002, 2.628/2002, 1.407/1996), sobre a instalação obrigatória de comissões parlamentares de inquérito (MSs 24.831-DF, 24.845-DF, 24.846-DF, 24.847-DF, 24.0848-DF, 24.849-DF, 26.441-DF), sobre a perda de mandato decorrente da troca de partido (ADI 3.999-7, MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604), dentre outras.

Enfim, como bem observado por Mariana Magaldi de Sousa (SOUSA, 2010), os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente no âmbito da produção e implementação de políticas públicas podem ser resumidos em quatro: o de vetar leis regulamentadoras de políticas públicas (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de forçar sua implementação (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*); os quais serão melhor explicados na seção 4 e servirão de base para a análise formal que esse estudo trará.

## **1.2 Circunstâncias que desencadearam a judicialização das políticas públicas no Brasil**

O fenômeno da judicialização das políticas públicas é fruto de uma conjunção de fatores históricos, políticos, culturais e jurídicos que se somam para realçar o papel político do Judiciário frente à sociedade e à ordem constitucional.

Por um lado, a Constituição Federal de 1988 e suas emendas <sup>3</sup> ampliaram significativamente o rol de direitos fundamentais exigíveis judicialmente e as garantias à sua efetivação, além de declarar o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF). Desse modo, atribuiu-se ao Judiciário um papel político nunca antes verificado no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi ratificado pela série de normas infraconstitucionais que sobrevieram, trazendo instrumentos processuais inovadores voltados a efetivar tais direitos fundamentais (WATANABE, 2010). Assim, os cidadãos, cada vez mais, passaram a se conscientizar e continuam se conscientizando sobre seus direitos, pleiteando-os pelas vias judiciais existentes, inclusive para a realização de sua agenda política no Legislativo.

Por outro lado, uma revolução paradigmática pairou sobre os aplicadores do direito somente alguns anos após a promulgação da Constituição, muito influenciada por ideais neoconstitucionalistas e, de forma mais abrangente, pós-positivistas, seguindo uma tendência mundial denominada de *judicial empowerment* (WOODS, HILBINK, 2009). Verificou-se uma relevante alteração da visão dos magistrados sobre seu papel na sociedade<sup>4</sup>, liderada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a saída do Ministro Moreira Alves.

Mauro Cappelletti acredita que:

“A expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*checks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19).

Guy Canivet (CANIVET, 2006) já imputa esse processo à lentidão do Poder Legislativo na produção da legislação esperada pela sociedade em face dos eventos sociais, a qual busca o Judiciário para suprir a omissão ou, ao menos, solucionar os problemas que surgem no caso concreto.

Enquanto isso, Dieter Grimm (GRIMM, 2004) traz a conjuntura político-partidária como responsável por essa inefetividade, tendo-se em vista que os parlamentares deixam de lado questões polêmicas e de longo prazo para se dedicarem à produção legislativa voltada ao ganho de votos para a reeleição, repassando, propositalmente, questões valorativas delicadas para as mãos do Judiciário, para que esses façam as escolhas sem que as repercussões negativas daí decorrentes recaiam sobre aqueles.

Ainda sobre a estrutura projetada pela Constituição de 1988, tem-se que a alternância na ocupação na Presidência da República, o presidencialismo de coalizão e as flutuações na

---

<sup>3</sup> Principalmente, a EC nº 45/2004.

<sup>4</sup> Magistrados passaram a se mostrar mais predispostos a encarar temas políticos.

representatividade dos partidos da Câmara dos Deputados produziram um quadro político-partidário altamente competitivo, incentivando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha poder irrestrito de alterar a ordem jurídica, impondo-lhe limites de acordo com a Constituição (GINSBURG, 2003).

Nesse sentido, o controle de constitucionalidade é uma especial ferramenta para a oposição nesse meio de competição, fato facilmente comprovado pelos dados recolhidos por Vianna e Burgos (VIANNA, BURGOS, 2007) e comentados por Brandão (BRANDÃO, 2012):

“[...] enquanto no governo Fernando Henrique Cardoso os partidos de esquerda (oposição) foram responsáveis por 63,3% das ADIs, e os de direita (que compunham a “base aliada”), por 18,9%; com a eleição de Luís Inácio Lula da Silva para a presidência a relação de inverteu: os partidos da esquerda, agora no governo, propuseram 6% das ADIs, ao passo que os partidos de direita ajuizaram 57,3% das ações propostas neste período, no governo Lula o PT não propôs uma ADI sequer.” (BRANDÃO, 2012)

Não somente os políticos, mas a sociedade também passou a ver o Judiciário como uma arena política vantajosa<sup>5</sup> para a disputa de interesses que muitas vezes não tinham espaço no Parlamento, uma vez que, independentemente da força política das partes, ambas são ouvidas igualitariamente em juízo, dando voz a atores e organizações da sociedade civil muitas vezes sufocados pela regra da maioria. Assim, grupos minoritários passam a ser considerados, mesmo que marginalmente, na elaboração das políticas (MILL, 1998).

Até porque se vislumbra no Brasil um “delicado equilíbrio entre a centralização e a descentralização do processo decisório” (PEREIRA e MUELLER, 2003; ALSTON *et al.*, 2006), cuja estabilidade recai sobre a capacidade do Executivo negociar com líderes partidários benefícios eleitorais e orçamentários (*porks*) em troca de apoio parlamentar na votação de projetos de interesse daquele. Apesar dos efeitos positivos, esse processo constitui um “*parliamentary agenda cartel*” (AMORIM NETO, COX, MCCUBBINS, 2003), que restringe a participação efetiva na produção de políticas públicas a um reduzido grupo de atores, inclusive barrando alguns jogadores de veto dessa deliberação, motivo pelo qual mostra-se necessária a disponibilidade da via judicial para pluralizar o debate político.

---

<sup>5</sup> De acordo com a teoria do *venue-seeking*, grupos de interesse procuram a arena institucional que mais lhes convém. Judiciário é atrativo pela sua capacidade de impor decisões.

Além disso, a questão da moralidade política é ponto nodal nesse processo, segundo Antoine Garapon (GARAPON, 1999), uma vez que explica parte da desconfiança em relação às instituições políticas e da expansão da procura pela atuação judicial no combate à corrupção e à improbidade administrativa. Por outro lado, a divisão vertical e horizontal do poder político gera maior fracionamento em seu exercício, decorrendo daí os conflitos de atribuições entre entes federativos e departamentos estatais, resolvidos também pelo Poder Judiciário.

Pode-se citar ainda como fatores que ensejaram a judicialização da política, segundo Ran Hirsch (HIRSCH, 2008), a proliferação de agências reguladoras; o aumento da complexidade e contingência das sociedades modernas; a criação e expansão do *Welfare State*; a proliferação de tribunais supranacionais; a delegação de poderes do Legislativo para o Judiciário; a expectativa quanto ao tempo de permanência no poder e uma maior atividade estatal, ainda bastante aquém das diretrizes constitucionais.

Desse modo, enquanto o Judiciário se torna mais eficiente<sup>6</sup> e realoca seu espaço diante dos outros poderes, suas oportunidades de decidir contra as preferências desses aumentam (graças a mecanismos de freios e contrapesos), o que força os legisladores e gestores a pensarem mais a respeito da adequação constitucional ao elaborarem as leis, inclusive quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade, antecipando-se no debate político uma possível reação judicial (SOUSA, 2010).

Mas, diferentemente do que muitos defendem, o Judiciário não encabeçou esse processo, essa judicialização é contingencial (STRECK, 2013). Diante do seu papel intrinsecamente passivo, os magistrados apenas respondem às demandas que lhes são propostas. Consequentemente, a proporção dessa atuação se deverá, em grande medida, aos padrões das negociações políticas e do nível de recorribilidade dos perdedores do jogo político nas instâncias judiciárias (TAYLOR, 2007). De todo modo, a forma como eles respondem pode desencadear maiores demandas futuras, devendo-se atuar com cautela, abstendo-se de substituir os juízos conveniência e oportunidade dos outros Poderes.

De qualquer modo, é indispensável que o Judiciário seja incorporado à análise dos processos decisórios políticos, sob pena de esses serem incorretamente interpretados, ignorando os perdedores do âmbito político que recorrem às instâncias judiciais.

---

6 Grande tem sido a quantidade de estudos no sentido de combater a morosidade do Judiciário. Tornando o Judiciário mais eficiente, capaz de responder às demandas jurisdicionais da sociedade, ele terá mais credibilidade e terá espaço e disposição para desempenhar corretamente seus papéis nas políticas públicas.

### 1.3 A questão da legitimidade

Discussão fundamental gira em torno da legitimidade das decisões judiciais que se imiscuem no âmbito das políticas públicas. Diante da atual crise de credibilidade do Estado, a simples substituição das escolhas do Executivo e do Legislativo pelas do Judiciário certamente não ensejará a concretização dos objetivos fundamentais, dispostos no art. 3º da Constituição Federal. Contudo, uma reformulação da tradicional estrutura da separação dos poderes pode dinamizar o diálogo institucional entre eles, catalisando as deliberações democráticas e aperfeiçoando-as (MENDES, 2011).

O cerne dessa questão entrelaça-se com o embate travado entre renomados doutrinadores a respeito de a quem cabe a última palavra numa democracia constitucional. Há duas vertentes mutuamente excludentes que atribuem a supremacia decisória à Corte e ao Parlamento, esse representado por Dworkin (DWORKIN, 1990) e, aquele, por Waldron (WALDRON, 2006).

Os defensores dessa última, enaltecem os valores da representação eleitoral – como melhor forma possível de replicar o “povo”, além de estimular a competição política, o compromisso, a acomodação de extremos – e da regra da maioria – que promove a igualdade<sup>7</sup> e é fruto do consentimento –, argumentam que o Legislativo possui melhores condições deliberativas que o Judiciário e combatem a ideia de imparcialidade política e ideológica dos magistrados<sup>8</sup> e de defesa das minorias<sup>9</sup> por parte destes. Além disso, asseveram que, no ambiente político, os direitos fundamentais são considerados dentro de uma infinidade de ponderações imprescindíveis para uma política pública (DAHL, 1957; NINO, 1996; PICKERILL, 2004; SHAPIRO, 2006; WALDRON, 2006; WALUCHOW, 2007).

Do outro lado, os defensores da supremacia judicial colocam-na como precondição da democracia, intervindo o Judiciário somente para preservar a competição democrática e os direitos fundamentais, ao mesmo tempo defendendo as minorias<sup>10</sup> (MILL, 1998; TOCQUEVILLE, 1998). Busca-se legitimidade no pré-comprometimento traçado pelo constituinte, para evitar que em momentos conturbados suprimam-se direitos fundamentais, lidando melhor com questões concretas de direitos e com argumentos desvinculados ao poder de barganha, de forma imparcial; sem contar que o Legislativo não está definitivamente vinculado à decisão judicial, podendo rejeitá-la por uma nova lei. Além disso, a legitimidade

<sup>7</sup> Igual direito de qualquer cidadão votar e ser votado.

<sup>8</sup> Defendem que os juízes estão tomando suas próprias decisões sobre questões polêmicas, disfarçadas atrás da prerrogativa do poder constituinte.

<sup>9</sup> O Judiciário só protège as minorias quando as maiorias tópicas se alinham às maiorias decisórias.

<sup>10</sup> A democracia opera a partir da vontade da maioria desde que não reprima ou tire a minoria.

também deriva indiretamente do fato de os membros da Corte serem escolhidos por autoridades eleitas (DWORKIN, 1985, 1990; ELY, 1999; ACKERMAN, 1984; HOLMES, 1993; FREEMAN, 1990; FISS, 2007; MICHELMAN, 1999; MANIN, 1997; MENDES, 2011)..

Superando esse embate, surge a teoria do diálogo, na qual a revisão judicial não significa a última palavra sobre a Constituição, mas apenas parte de uma sequência legislativa, podendo o Legislativo responder, em maior ou menor amplitude e espaço de tempo, a essa intervenção judicial. Essa linha de pesquisa reconhece na corte virtudes ativas e passivas, ensejadoras de uma maior depuração das políticas públicas.

Com relação às virtudes passivas, Bickel (BICKEL, 1962, 1975) defende que a corte deve estimular o diálogo, abrindo a oportunidade da reprise legislativa e o gradual exercício de tentativa e erro; enquanto Sutein (SUSTEIN, 2001) argumenta que o Judiciário deve decidir o mínimo possível, em face da possibilidade de errar ou gerar consequências desastrosas, sobretudo quando o caso envolver incerteza factual ou moral, quando uma solução tiver o risco de confundir casos futuros, quando a necessidade de planejamento não for premente e quando as precondições da democracia não estiverem em jogo. Contribui-se também com a maior carga valorativa embutida na análise judicial.

Já as virtudes ativas da Corte veem na interferência do Judiciário na políticas públicas a possibilidade de essa dar uma segunda chance ao legislador, criando condições para que os Poderes conversem produtivamente e mapeando as alternativas que esse possui compatíveis com a Constituição (KATYAL, 1997). Além disso, concebe-se a técnica da proporcionalidade como aquela ensejadora de uma maior flexibilidade e abertura para a calibragem em função do desempenho do legislador, de modo a racionalizar o exame sobre a validade de restrições aos direitos fundamentais, ao se verificar se os fins buscados compatibilizam-se com os meios utilizados e os propósitos constitucionais (ALEXY, 2005; STONE-SWEET, 2008; MATHEWS, 2008).

Em última instância, pode-se conceber o diálogo institucional como produto necessário da separação dos poderes, considerando o Judiciário como mais um intérprete dentro do complexo jogo institucional, cujo processo é circular e só termina ou se estabiliza quando se alcança um consenso mínimo (FISHER, 1988). Desse modo, nenhum dos intérpretes é supremo no que tange às políticas pública, mas todos gozam de igual autoridade em um diálogo dinâmico, sendo a política pública final fruto dessa interação e negociação entre os três poderes, em que há concessões mútuas. Como prova da essencialidade da participação judicial nesse processo, tem-se a evidência empírica, encontrada por Whittington



(WHITTINGTON, 2005), de que somente na presença de uma ameaça real de revisão judicial o legislador levou argumentos constitucionais em conta.

Sintetizando a discussão, Mendes (MENDES, 2011) constrói a tese da última palavra provisória e das rodadas procedimentais, que faz decorrer da interação deliberativa um ganho inevitável, em questão de legitimidade e qualidade da política, elevando-se a probabilidade da democracia produzir boas decisões. Assim, maximiza-se a probabilidade de acertos, como um mecanismo propulsor de melhores deliberações, “desafiando a política a superar-se em qualidade, ao discernir entre bons e maus argumentos” (MENDES, 2011, p. 212).

Superado, pois, o questionamento quanto à legitimidade sistêmica – dentro da lógica jusfilosófica do constitucionalismo, da separação de poderes e da democracia participativa –, é pertinente que se passe à análise da legitimidade em termos de aceitabilidade dessa intervenção judicial nas políticas públicas por parte dos cidadãos, em razão do sentimento de identificação decorrente do fato de verem seus interesses e ideais amparados nos provimentos, ou em face do consentimento depositado no procedimento a que se utilizou.

Preliminarmente, há que se frisar novamente que, ultrapassado o estágio de mera atribuição de direitos e garantias, o indivíduo torna-se agente ativo frente ao Estado na busca da realização desses direitos, motivo pelo qual a representação eleitoral e a política partidária deixam de ser suficientes para legitimar as decisões dos representantes, as quais devem, além disso, ser passíveis de discussão, contestação e fiscalização, dentro de um espaço procedimental aberto aos interessados, como corolário da democracia participativa (PENNA, 2011).

Ao lado das convencionais vias de contestação política, a via judicial abre-se inevitavelmente, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e da atribuição de guardião da Constituição do Judiciário, cujos provimentos são passíveis de serem considerados legítimos pelos cidadãos na medida em que garantem a todos os interessados a equidade dos procedimentos e a participação substancial, por meio da processualidade discursiva (FAZZALARI, 2006; PETTIT, 2003). Não significa apenas a aceitação do procedimento, independentemente do conteúdo, conforme defendia Luhmann (CHAVES, 2003), mas a verdadeira identificação e consentimento que decorre da participação efetiva no processo decisório, dentro de uma dilação probatória aprofundada e aberta a todos os interessados.

Nessa linha, a teoria do discurso, introduzida por Jurgen Habermas (HABERMAS, 1997), deposita sua contribuição para a análise da legitimidade da intervenção jurisdicional nas políticas públicas, que somente se consolida em um ambiente jurídico-pluralístico-

discursivo de inclusão de agentes interessados excluídos no processo político pela regra da maioria, garantindo ampla e constante fiscalização dos atos estatais nos moldes do discurso procedimentalizado.

Contudo, Habermas adverte que a teoria jurídica fundada em paradigmas “fechados” – como em precedentes judiciais, adstritos a circunstâncias contingenciais, temporais e históricas em que foram emanados – repele a legitimidade da decisão jurisdicional, em decorrência da forte presunção advinda da teoria dworkiana de haver um “juiz Hércules” – que conhece todos os aspectos morais, circunstanciais e jurídicos – capaz de proferir a única solução correta para cada caso. Sobre o tema, Habermas assevera:

“Os paradigmas se coagulam em ideologias, na medida em que se fecham sistematicamente contra novas interpretações da situação e contra outras interpretações de direitos e princípios, necessárias à luz de novas experiências históricas [...] Paradigmas fechados, que se estabilizam através de monopólios de interpretação, judicialmente institucionalizados, e que podem ser revistos internamente, somente de acordo com medidas próprias, expõem-se, além disso, a uma objeção metódica, que recoloca em cena o ceticismo jurídico realista: ao contrário da exigida coerência ideal do direito vigente, as interpretações de caso coerentes permanecem, em princípio, indeterminadas no interior de um paradigma jurídico fixo; pois elas concorrem com interpretações igualmente coerentes do mesmo caso em paradigmas alternativos. Isso já é uma razão suficiente para que uma compreensão procedimentalista do direito delineie um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram uns aos outros e se comprovem na pluralidade de interpretações da situação” (HABERMAS, 1997, P. 275-276).

De todo modo, ao se opor aos precedentes judiciais, não se nega a necessidade de uniformizar os entendimentos dos tribunais, para manter a coerência da ordem jurídica como um todo, mas esse desiderato deve ser alcançado por meio do Direito Processual, enquanto regras que garantam espaços abertos para o contraditório judicial (PENNA, 2011).

Desse modo, o Poder Judiciário deve pautar suas escolhas em um ideal político de “uma sociedade aberta de intérpretes” (HABERLE, 1997), em que os elementos de convicção do julgador são formados pelo discurso processual amplo, viabilizado pela máxima abertura dos canais comunicativos judiciais, buscando-se uma interpretação procedimentalista do Direito para alcançar legitimidade.

## **2 OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

### **2.2 Limites doutrinários e jurisprudenciais**

O âmbito da atuação do Judiciário nas políticas públicas e o grau de interferência podem ter diferentes repercussões sociais, motivo pelo qual se deve estabelecer limites de até onde o magistrado pode atuar.

É sabido que a discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais<sup>11</sup> construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2011).

Conforme tal entendimento, o Poder Público não pode se escusar a garantir ao cidadão as “condições mínimas de existência humana digna” (BARCELLOS, 2007), por meio de prestações positivas – consubstanciadas em políticas públicas – que atendam ao princípio da razoabilidade (adequação entre medida-fim, necessidade da tutela e utilização do princípio da proporcionalidade), ainda que se invoque a cláusula da reserva do possível, qual seja, a indisponibilidade de verbas suficientes para a realização das prestações (GRINOVER, 2011; WATANABE, 2011).

Nesse sentido, Kazuo Watanabe divide os direitos fundamentais em três grupos: o núcleo básico – cujos direitos são imediatamente judicializáveis e contra os quais não se invoca a reserva do possível –; os previstos densamente na Constituição – também judicializáveis de pronto – e os direitos sociais descritos de forma programática na Constituição – que dependem de prévia ponderação, por meio de políticas públicas dos poderes Executivo e Legislativo, que devem ser pensadas coletivamente, com base em juízos de conveniência e oportunidade (WATANABE, 2011). Portanto, para o autor, qualquer ato administrativo ou legislativo que comprometa a integridade e a eficácia dos fins das normas constitucionais dos dois primeiros grupos, será passível de sindicabilidade judicial, que deverá se pautar em adequada e consistente fundamentação e na visão coletiva das políticas públicas, considerando os custos sociais como um todo.

Por outro lado, Canotilho defende que, quanto mais tênue for a vinculação à lei, mais forte será a vinculação aos direitos, liberdades e garantias fundamentais (CANOTILHO, 2003). Já Alexy acrescenta que, quanto mais pesada for a intervenção em direitos

---

<sup>11</sup> Sobretudo, a ADPF nº 45.

fundamentais, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (lei do sopesamento) e que princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais (lei da conexão) (ALEXY, 2008).

No mais, levanta-se o aspecto da razoabilidade (ou proporcionalidade), segundo o qual a política pública deve ser se utilizar de meios adequados, proporcionais e necessários ao fim que almeja (GRINOVER, 2013). Como exemplo, pode-se citar o julgado da ADPF 101 em que o STF lançou mão do princípio da razoabilidade para proibir a importação de pneus usados em nome de políticas públicas preventivas de doenças graves ou contagiosas, como a dengue.

Conforme se observa pelo posicionamento de grandes doutrinadores (CUNHA JUNIOR, 2004; GRINOVER, 2013; NOVELINO, 2013; WATANABE, 2013) e da jurisprudência (ADPF nº 45/DF), é indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, sob pena de se retroagir à antiga hermenêutica que dispensa a todos eles mero papel programático. Contudo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se colocam perante o Poder Público em condições de igualdade frente aos demais. Até porque, em tema de políticas públicas, grande parte das demandas envolvem aspectos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana – como saúde, educação e trabalho –, motivo pelo qual é possível que haja a banalização desses termos com vistas a se permitir a concessão das pretensões individuais.

Em outras palavras:

“Sob pena de ferir o princípio da isonomia, o Estado não pode ser obrigado a prestar algo, em benefício de alguém, ainda que a título de garantir o mínimo existencial, caso também devesse e não pudesse suportar a mesma prestação em favor de todas as pessoas em semelhante situação de necessidade.” (BERNARDES E FERREIRA, 2013)

Nesse ponto, é cediço que mais cuidado requer a análise dos limites dessa intervenção em ações individuais e cautelares, ao se constatar que grandes prejuízos podem decorrer da manipulação do orçamento por decisões judiciais, diminuindo a verba destinada à política geral. Sem contar que o orçamento é parte do planejamento estatal, sem o qual não há

consecução coordenada dos direitos sociais, devendo haver discricionariedade política para acomodar a dinamicidade do orçamento (BURGO, 2013; JACOB, 2013).

Isso porque se deve levar em conta que o Legislativo e o Executivo têm maior sensibilidade política e capacidade técnica para fazer diagnósticos e encontrar meios de aprimoramento das políticas públicas, pelo processo de tentativa e erro inerente ao ambiente democrático. Todavia, há situações “atípicas”<sup>12</sup> nas quais a intervenção do Poder Judiciário é bem-vinda, como releva Waldron (WALDRON, 2006), um dos maiores críticos da revisão judicial.

Desse modo, conclui Oswaldo Canela Júnior:

“[...] deverá o orçamento suportar a influencia do ato judicial tão somente após o esgotamento de todas as fases processuais” (CANELA JUNIOR, 2011).

Jacob também argumenta que a Constituição conferiu ao Tribunal de Contas a competência de julgar as contas públicas no tocante à economicidade, à legitimidade e à legalidade, restando pouco espaço para a análise do Poder Judiciário sem que isso configure violação constitucional (JACOB, 2011). De todo modo, o descompromisso e o descaso dos partidos e dos parlamentares com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais. A grande questão, aqui discutida, é quanto.

## **2.2 Análise de custo-benefício social como parâmetro de estipulação dos limites**

No presente estudo, apresenta-se uma adequada e inusitada saída por meio da Análise Econômica do Direito, ao reconhecer que a gestão de recursos à disposição do Estado para a consecução dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados trata-se de um problema indubitavelmente econômico, vez que se trabalha com alocação de recursos escassos.

A partir do momento em que as decisões judiciais intervêm de forma direta no domínio econômico, elas podem gerar ineficiências, tendo-se em vista que ocorre uma alteração de parâmetros econômicos sem o devido conhecimento das características do

---

12 Situações essas em que não se encontram presentes os seguintes componentes: instituições democráticas e judiciais não representativas em bom funcionamento; compromisso da maioria da sociedade com a ideia de direitos e um desacordo de boa-fé sobre direitos.

mercado e dos custos dos fatores de produção. Por esse motivo, uma análise de custo-benefício social, conforme se pretende introduzir, é pertinente.

Por conseguinte, pode-se analisar a intervenção judicial em políticas públicas sob a ótica econômica, considerando-se crescente o custo marginal da intervenção e decrescente o seu benefício marginal, em termos de utilidade da sociedade como um todo. Assim, a intervenção judicial agrega bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, mas, ao mesmo tempo, ela gera custos ao erário, ou até perda de utilidade por parte de outros indivíduos, ao verem seus direitos obstados pela insuficiência de recursos para sua realização, diminuindo o bem-estar social. Desse modo, o limite ideal de intervenção judicial seria o ponto em que o benefício marginal dessa decisão compensasse o seu custo marginal (MENEGUIN, 2014).

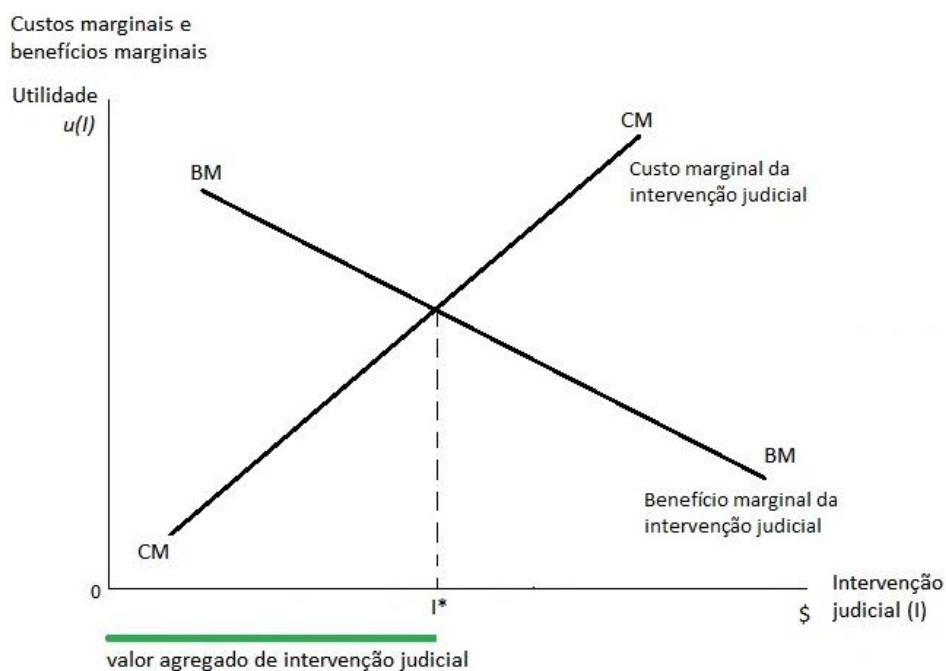


Figura 1 - fonte: MENEGUIN, 2014

É justamente dessa percepção que devem provir os fundamentos para a imposição e estabelecimento de limites à atuação judicial no campo das políticas públicas. Nada mais determinante do que o interesse coletivo, aqui medido em termos de bem-estar, para orientar a fixação de parâmetros claros para tal atuação.

Desse modo, a partir do momento em que o reconhecimento de algum direito social individualmente gerar prejuízos para o atendimento da população como um todo, apesar do

incremento de utilidade individual, esse pedido não deverá ser deferido, sob pena de se ferir o princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Utilizando-se desse raciocínio, é possível enumerar algumas situações em que a intervenção trará incremento de bem-estar:

- Quando o direito fundamental cuja proteção se pleiteia judicialmente não esteja contemplado em nenhuma das políticas públicas existentes no planejamento orçamentário;
- Quando o planejamento ou programa da política pública inviabilizar ou tornar inútil o direito a ser protegido (CORTEZ, 2010);
- Em caso de reavaliação diante de situações emergenciais (CORTEZ, 2010);
- Em caso de intervenção para assegurar tratamento igualitário aos destinatários do programa (CORTEZ, 2010);
- Para questionar o descumprimento das políticas públicas ou deliberações coletivas (orçamento participativo) (CORTEZ, 2010)

Ademais, além dessas hipóteses, tudo dependerá da análise no caso concreto, sopesando-se os custos sociais em que a sentença incidirá e os seus benefícios. Tais parâmetros, aliás, devem ser mais facilmente identificados por meio dos instrumentos processuais postos ao dispor da sociedade, os quais se colocam como verdadeiras garantias constitucionais.

Vale ressaltar ainda que, a partir dessa análise, esvazia-se o cerne da discussão entre favoráveis e contrários à intervenção do Judiciário em políticas públicas, vez que se observa que a intervenção trará benefícios à sociedade até o ponto I\* do gráfico da figura 1 e malefícios ao se ultrapassar esse ponto.

Logo, os parâmetros estabelecidos pelo estudo buscam reduzir o nível de subjetividade na fixação de tais fronteiras e tornar factível a atuação do Judiciário sem o impacto nefasto sobre as contas públicas e sobre os direitos dos demais indivíduos. Em última análise, essa nova perspectiva se apresenta como uma extensão do princípio da razoabilidade, elevando a análise de custo-benefício marginal a patamar privilegiado na fundamentação das decisões judiciais a respeito de políticas públicas.

Conectando essa proposta à teoria de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997), segundo a qual a jurisdição constitucional deve abrir seus canais de comunicação, possibilitando que a sociedade tenha voz na interpretação da Constituição, por meio da democratização dos procedimentos, conclui-se que, se a análise judicial não tiver uma visão ampla dos impactos

de suas decisões, ineficiências provavelmente surgirão. Para que tal cognição seja a mais ampla possível, a subseção a seguir procura analisar os parâmetros processuais que devem incidir especialmente nessa intervenção.

### **2.3 Instrumentos processuais como ferramentas para se estabelecerem limites à intervenção do Judiciário nas políticas públicas**

Diante dos parâmetros estabelecidos acima, faz-se necessário pensar em um novo modelo de processo, acomodando o sistema processual vigente ou até propondo novos institutos capazes de instrumentalizar as pretensões das partes que litigam em ações em que se discutem políticas públicas.

Em primeiro lugar, deve-se adaptar a gestão do Judiciário a uma estrutura que permita que os juízes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as organizações civis e os cidadãos mantenham comunicação entre si, compartilhando informações pertinentes à efetivação dos direitos sociais estabelecidos na Constituição. Em especial, a inter-relação entre magistrados é essencial para que esses possam compartilhar uma visão global a respeito do impacto de suas decisões sobre o orçamento público e sobre o incremento de bem estar aos jurisdicionados e, além disso, harmonizar entendimentos.

Ainda sob esse aspecto, é pertinente, sempre que a lei permitir, a reunião de processos ou a conversão de ações individuais em coletivas, com o mesmo objetivo de trazer uniformidade às decisões e real noção das proporções econômicas que estão tratando<sup>13</sup>. Vale até a criação de varas especializadas para julgamento de causas que envolvam políticas públicas, permitindo que os juízes que atuem nelas adquiram o *know-how* de como lidar com esse tipo de demanda.

Nesse sentido, a instituição do CNJ, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, tem intensificado essa visualização e discussão de temas jurídicos e sociais polêmicos e que necessitam ser normatizados, gerando insumos democráticos essenciais para a formação de políticas públicas legítimas e estáveis.

Em segundo lugar, o modelo de cognição deve ser expandido o máximo possível com vistas à formação de uma consolidada convicção da Justiça quanto às complexas questões de fato e de direito que envolvem o assunto e à legitimação pela abertura do procedimento, aproximando-se da ideia de Peter Häberle de uma sociedade aberta de intérpretes da

---

<sup>13</sup> Contudo, na atual situação de tramitação do Projeto do novo Código de Processo Civil, foi excluído o dispositivo que possibilitava a conversão de ações individuais e coletiva, fato que representa um retrocesso no desenvolvimento das ações coletivas e do melhor tratamento das políticas públicas pela via judicial.



Constituição (HÄBERLE, 1997). Dado o interesse geral nessas ações, por estarem em jogo direitos fundamentais, o processo deve permitir a participação ampla da sociedade, por meio, inclusive, de institutos já existentes como as audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, para que todos possam auxiliar na produção de provas, dando maior carga argumentativa e probatória a um novo processo, dialogal entre juiz, administrador e legislador.

Nesse ponto, vale frisar que é indispensável a consideração de opiniões de especialistas e técnicos do assunto, sobretudo os que se encontram em capacidade estratégica de saber se é possível ou não o atendimento das pretensões dos autores frente à alocação orçamentária estabelecida pelos poderes competentes. Sugere-se, inclusive, o estabelecimento pelos tribunais de um corpo próprio de peritos especializados em políticas públicas e na análise socioeconômica de seu impacto<sup>14</sup>.

Nessas situações, aliás, é adequada a utilização do instituto da inversão do ônus da prova – constante do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor –, tendo-se em vista as melhores condições do Estado produzir provas sobre sua situação orçamentária, podendo ser, inclusive, auxiliados por Tribunais de Contas. Por outro lado, a assistência litisconsorcial de instituições legitimadas a propor ações coletivas e outras ações constitucionais é um meio eficaz de expandir a capacidade probatória da parte autora, assim como sua força argumentativa, sobretudo por meio do instrumental disponibilizado pelas ações coletivas, como defende Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2002).

Em terceiro lugar, o processo deve permitir que o Judiciário acompanhe a implementação da política pública corrigida, mesmo após o trânsito em julgado, impondo sobre o seu descumprimento sanções capazes cessá-lo, como multas (astreintes), imputação de crimes aos responsáveis, sem prejuízo das ações de improbidade administrativa, outras sanções, ou até bloqueio de verbas para garantir a efetivação da decisão<sup>15</sup>. Em casos extremos, caberia até intervenção federal e estadual (GRINOVER, 2013).

Enfim, é necessário investir em meios alternativos de resolução de controvérsia – como juízo arbitral, mediação ou conciliação judicial e extrajudicial –, para fazer com que as partes envolvidas (Estado e jurisdicionado(s)) possam vislumbrar *ex ante* a “força de sua pretensão” e evitar os custos gerados pela entrada em uma disputa judicial. Desse modo, se o Estado, por meio de um contato preliminar com a causa perceber que se trata de situação em

---

<sup>14</sup> A instrução documental deve ser minuciosa, colacionando-se aos autos todos os documentos necessários à prova de fatos que obstem o atendimento da pretensão do autor ou autores, sob pena de serem declarados insubsistentes e infundados os argumentos aventados pela Administração Pública. À parte autora também cabe o dever de se desincumbir do seu ônus probatório, demonstrando estar configurada situação em que os benefícios marginais do pedido exorbitam seus custos marginais.

<sup>15</sup> Como foi determinado no REsp 1.069.810-RS em questões de fornecimento de medicamentos.

que o incremento líquido de bem-estar será positivo, ele preferirá fazer acordo extrajudicial a entrar no âmbito judicial. Sobre o tema, é essencial a uniformização de julgamentos em casos semelhantes para possibilitar essa previsão *ex ante* do resultado da lide (GICO, 2012).

Instituindo-se tais prescrições, estar-se-ia, em realidade, diante de um novo processo, com uma lógica completamente distinta do convencional processo que rege as ações individuais, deixando de lado as premissas da justiça retributiva para incorporar ferramentas democráticas e dialogais que visam dar ao julgador a melhor compreensão possível de todos os aspectos envolvidos em sua inafastável decisão.

Vale notar que, muito da escassez de estudos sobre o tema se deve à dificuldade de se traduzir o impacto judicial de maneira robusta e à escassez de dados sistematizados (TAYLOR, 2007). Nesse momento, o auxílio do ferramental desenvolvido pela Análise Econômica do Direito é fundamental para a aproximação da pesquisa empírica com a realidade (GICO, 2010), tendo grande contribuição ao entrelaçar duas ciências tão essenciais e que deveriam sempre serem analisadas conjuntamente: a Economia e o Direito.

Especificamente sobre o tema, o instrumental teórico reunido por Sousa (SOUSA, 2010), representando a intervenção judicial em políticas públicas em quatro papéis, é capaz de contribuir para a mensuração empírica do nível dessa intervenção no âmbito das Justiças Estaduais nos últimos anos, permitindo-se testar se os Poderes Judiciários estaduais já atingiram o ponto máximo de intervenção judicial em políticas públicas, a partir do qual há decréscimo de bem-estar social. Esse modelo será melhor explicado na próxima seção.

### 3 ANÁLISE FORMAL DA INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS NAS JUSTIÇAS ESTADUAIS

A presente análise segue a linha de raciocínio desenvolvida pelo livro “*How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*”, (SCARTASCINI, STEIN, TOMMASI, 2010), segundo o qual as instituições democráticas, seus atores e suas arenas políticas afetam o processo de produção e implementação de políticas públicas, observando-se as evidências dos países latino-americanos a despeito de suas inúmeras peculiaridades.

Como bem observado por Mariana Magaldi de Sousa (2010), no capítulo quatro desse livro, os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente nesse âmbito podem ser resumidos em quatro: o de vetar novas leis (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de forçar seu cumprimento (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto, visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*).

Além disso, as cortes podem intervir nesse processo tanto direta quanto indiretamente (SOUSA, 2010). No primeiro caso, os juízes são chamados pela via processual a dar seu consentimento a respeito de uma específica política como requisito de sua implementação. Já da segunda forma, o mero contato com demandas judiciais pode produzir mudanças de comportamento dos atores políticos ao se antecipar desaprovação pela Justiça. Os quatro papéis se encaixam somente no modo direto de interferência.

No mais, essa atuação jurisdicional pode ter efeito somente entre as partes do processo (*inter partes*) ou ser aplicável aos demais casos similares (*erga omnes*) e pode alterar ou manter o *status quo* das políticas e das leis.

Apresentadas as premissas teóricas, busca-se então mensurar o desempenho dos quatro papéis pelas Justiças Estaduais para se verificar qual a sua relação atual com o nível de bem-estar social dos respectivos estados federados, com o escopo de determinar qual é o estágio de intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas dentro do instrumental teórico desenvolvido pelo estudo, ou seja, se essa intervenção já superou o nível ótimo ou se ainda está por superar. O período de análise, aliás, foi estabelecido de acordo com a disponibilidade de dados, uma vez que existem dados da pesquisa estatística Justiça em Números do CNJ apenas para os anos de 2009 a 2012.

Ressalte-se novamente que, se a relação entre intervenção judicial nas políticas públicas e bem-estar social – aqui medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano – for

positivo (medida pelo cálculo da correlação), a atuação dos estados brasileiros ainda não haverá atingido o ponto de inflexão (I), mas, se essa relação for negativa, significa que a atuação da Justiça Estadual no âmbito das políticas públicas tem apresentado custos sociais superiores aos seus benefícios, devendo, portanto, ser contida.

Tal mensuração, em geral, é feita a nível nacional (CASTRO, 1997; LA PORTA *et al*, 2004; POGREBINSCHI, 2012). Contudo, é crescente o número de estudos que analisam os determinantes das políticas públicas em escala subnacional (estadual) (BESLEY, PERSSON e STRUM, 2005; CALVO e MURILLO, 2004, REMMER, 2007), pela peculiaridade de se manterem relativamente homogêneos os fatores institucionais macro entre os estados<sup>16</sup>, mas com diferentes *outcomes* políticos e econômicos.

Nessa esteira, a consideração dos *checks and balances* judiciais dentre as *proxies* para se estimar a correlação entre esses mecanismos de freios e contrapesos como um todo e as políticas públicas no âmbito estadual brasileiro só foi feita no artigo “*The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*” (ALSTON *et al*, 2010), onde essa interferência foi medida por um índice de eficiência da Justiça Estadual, pela taxa de casos julgados sobre casos novos e pelo número de novos casos abertos por 100.000 habitantes.

No entanto, há detalhes jurídico-processuais nas decisões judiciais nesse contexto que fazem supor que as *proxies* utilizadas não refletem com exatidão como ocorre a interferência do Judiciário nas políticas públicas estaduais, o que torna possível que o presente estudo dê sua contribuição por meio do refinamento e adequação das variáveis representativas do problema em questão.

Segue-se uma descrição pormenorizada dos quatro papéis adaptados à ordem jurídica brasileira e à configuração do Poder Judiciário nacional.

### 3.1 Papel *Veto player*

O Judiciário tem papel essencial de vetar leis e políticas públicas que estejam em confronto com as Constituições Federal e Estaduais, retirando-as do ordenamento jurídico, de modo a reestabelecer o *status quo* vigente anteriormente à promulgação do ato normativo inconstitucional. Tais decisões, por óbvio, têm efeitos *erga omnes*.

---

<sup>16</sup> Políticos são eleitos a cada quatro anos por representação proporcional com listas abertas, parlamentares não têm limite de mandatos, governadores podem concorrer à reeleição apenas uma vez, a tomada de decisão é centralizada nas assembleias legislativas, todo estado possui Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça.

Por falhas na dinâmica do processo político-social, promulgam-se atos normativos que vão de encontro a normas constitucionais que veiculam linhas básicas do Estado, diretrizes e limites ao conteúdo da legislação, por vícios formais ou materiais que diminuem o bem-estar da sociedade como um todo, assim como a previsibilidade das regras institucionais.

Tsebelis (TSEBELIS, 1995, 2002) argumenta que mudanças políticas se tornam mais difíceis ao passo que aumentam os jogadores de veto na arena política. Além disso, a declaração judicial de compatibilidade da política pública com a constituição legitima sua aplicabilidade. Desse modo, o controle de constitucionalidade evidencia-se como instrumento de estabilidade do ordenamento jurídico e, em última instância, das políticas públicas.

Trata-se de um sistema de freios e contrapesos por excelência garantido pelas constituições rígidas, cujos pressupostos são a supremacia formal da constituição e a existência de uma Corte Suprema responsável pela última palavra sobre a jurisdição constitucional – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Sousa (SOUSA, 2010) defende que o papel *veto player* é o mais expressivo no Brasil.

Quanto mais forte e independente dos outros poderes for o Judiciário, mais ele atuará nesse papel (HAMMERGREN, 2002). Contudo, a pura existência de revisão judicial não é suficiente para caracterizar as cortes como *veto players*. A propensão dos magistrados a declarar uma lei inconstitucional dependerá de sua formação jurídico-educacional, do grau de independência que possui, de suas crenças a respeito de qual é o papel do Poder Judiciário (SOUSA, 2010). Sobre o tema, Sadek (SADEK, 2006) traz pesquisa relevante por meio de entrevistas aos magistrados a respeito da percepção do seu papel na sociedade.

### **3.1.1 Papel *veto player* no Brasil**

A Constituição Federal de 1988 estruturou o sistema de controle de constitucionalidade a partir da incorporação de diversos modelos, sobretudo o austríaco e o americano, resultando no chamado controle misto, o qual pode ser anterior (preventivo) ou posterior (repressivo) à promulgação da lei.

O controle preventivo de constitucionalidade das leis é exercido, em regra, pelo Legislativo, por intermédio das comissões de constituição e justiça ou pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso, e pelo Executivo, quando utiliza-se do veto por motivo de inconstitucionalidade. Contudo, admite-se, excepcionalmente, o controle judicial prévio para defender pela via concreta a observância do devido processo legislativo nos projetos de lei (MS 23.565/DF) ou ainda para evitar a tramitação e aprovação de propostas de emenda à Constituição que tendam a abolir cláusulas pétreas, hipótese assegurada pela jurisprudência

do STF proferida no MS 20.257/DF. Aqui, o poder de veto permite que se atrase a promulgação da lei, ampliando o tempo para o debate democrático e amadurecendo pontos de consenso consoantes com a Constituição.

Entretanto, é no controle repressivo que o Judiciário desempenha o papel de veto com maior frequência. Nele seguiu-se um sistema jurisdicional que concebe a existência do controle difuso por via incidental, juntamente com o critério concentrado por via principal.

O concreto ou difuso, sedimentado nos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar lei que considere inconstitucional no caso concreto, produzindo efeito somente entre as partes (*inter partes*). Nesse caso, a inconstitucionalidade da política pública é posta como questão incidental, como premissa lógica do pedido principal, não sendo, pois, o objeto da ação.

No primeiro grau, os juízes podem desempenhar o papel *veto player*, sem qualquer restrição, o que não ocorre no âmbito dos tribunais. Em razão do art. 97 da CF/88, os órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras e seções) não podem declarar a inconstitucionalidade de políticas públicas, mas somente o Pleno ou o Órgão Especial o fazem por meio do julgamento da Arguição (ou Incidente) de Inconstitucionalidade, pela votação de maioria absoluta de seus membros (cláusula de reserva de plenário ou *full bench*), cuja decisão vincula os demais órgãos fracionários do respectivo tribunal. Apesar do efeito *inter partes*, pode-se observar o papel *veto player* nos tribunais em razão da força vinculante em âmbito estadual das decisões em Arguição de Inconstitucionalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle difuso se dá pela interposição do Recurso Extraordinário – recurso destinado ao STF em que se levantam questões prejudiciais em matéria constitucional –, onde a declaração de inconstitucionalidade decidida por maioria absoluta pode ensejar a suspensão da eficácia da norma (*erga omnes*) pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88.

Por outro lado, o controle concentrado é o meio mais utilizado e eficaz para o Judiciário vetar uma política pública inconstitucional. Seu principal instrumento é a Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, descrita no art. 102, I, a, da CF, cujo objeto principal, autônomo e exclusivo da causa é o reconhecimento da incoerência da lei apontada com o sistema normativo constitucional, com efeito *erga omnes* e *ex tunc*. Nesse ponto, há de se verificar a razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado para a implementação da política pública via controle do STF e a violação aos direitos mínimos tem de ser evidente e arbitrária (MENDES, 2014).

A Constituição elenca os agentes legitimados para sua interposição em um rol taxativo (art. 103 CF) que são o Presidente da República, Procurador-Geral da República, Partido Político com representação no Congresso Nacional, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa de Estado ou da Câmara Legislativa do DF, o Governador do Estado e do Distrito Federal e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, sendo que os últimos quatro, devem demonstrar interesse na proposição da ação relacionado à sua finalidade institucional, a denominada pertinência temática. A Constituição Estadual pode ainda constituir outros legitimados para atuar no âmbito estadual (NOVELINO, 2013). Todos eles se colocam em posições de grande importância, como verdadeiros agentes políticos que impulsionam a atuação do Judiciário nesse sentido.

É interessante notar que, tanto na via concentrada quanto na difusa, existem meios dos magistrados, sob a discricionariedade do relator, obterem mais informações sobre tema e pontos de vistas distintos sobre a aplicabilidade e a inconstitucionalidade da política ou da norma, como pela participação da Advocacia Geral da União, da Procuradoria-Geral da República, dos Tribunais Superiores, Federais e Estaduais e de outras entidades ou instituições que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais, no papel de *amicus curiae*, demonstrada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes (MENDES, 2014).

Assim, a presença do *amicus curiae* (artigos. 543-A, §6º, 543-C, §4º e 482, § 3º do CPC) caracteriza um mecanismo de legitimação da decisão, retirando o caráter subjetivo do caso para assumir função de defesa da ordem constitucional objetiva, trazendo o diálogo judicial e o contraditório o fator consenso às deliberações sobre políticas públicas. Isso porque essa modalidade *sui generis* de intervenção – também válida para a ADC e a ADPF (explicadas adiante) – pluraliza e democratiza o debate constitucional, pela participação formal de entidades e de instituições que representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais (MENDES, 2014).

O papel de veto também se revela quando o Supremo julga improcedente uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF), cujo objetivo é transformar uma presunção relativa (*juris tantum*) de constitucionalidade de certa lei em absoluta (*juris et de jure*), não mais admitindo prova em contrário (MENDES, 2014). Desse modo, gera-se estabilidade e segurança jurídica para as políticas públicas submetidas a esse crivo. A decisão

nesse processo vinculará os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, tendo efeito erga omnes, e seus legitimados são os mesmos da ADI.

De todo modo, é importante notar que a ADI e a ADC não vinculam o Poder Legislativo, mas somente o Poder Judiciário e a Administração Pública. Isso significa dizer que, apesar da decisão possuir efeito erga omnes, o Legislativo pode produzir novas leis em sentido diverso do que foi decidido pelo STF, permitindo que se iniciem novas rodadas no jogo estratégico institucional (NOVELINO, 2013).

Há também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) que foi criada para suprir lacunas existentes entre o controle de constitucionalidade concentrado e o difuso, ao possibilitar o controle de atos normativos municipais e pré-constitucionais, e para reduzir o grande número de controvérsias constitucionais existentes até então. Ela se presta a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal (art. 102, § 1º da CF) (NOVELINO, 2013). Nela o STF se comporta, ora como *veto player*, ora como *referee player*, porque pode terminar por invalidar a política pública ou corrigir desvios de políticas públicas que tenham gerado ou possam gerar lesão. Importante notar que essa ação só se veicula no âmbito federal.

### **3.1.2 Papel *veto player* nos estados**

O papel de *veto player* desempenhado anteriormente à promulgação da lei também se expressa por meio do mandado de segurança preventivo impetrado por parlamentares das assembleias legislativas estaduais, sendo julgados pela segunda instância dos Tribunais de Justiça do respectivo estado federativo.

No âmbito estadual, o questionamento da constitucionalidade de normas estaduais e municipais pode se dar em face da Constituição Estadual, conforme dispõe o art. 125, §2º, da CF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – ou Representação de Inconstitucionalidade –, cuja competência é concedida ao Pleno ou ao Órgão Especial. O mesmo se aplica à contestação de constitucionalidade de leis distritais tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Distrito Federal frente ao seu respectivo Tribunal de Justiça (TJDFT). Novamente, concede-se o efeito *erga omnes* para essas decisões, e a Constituição Estadual prever a ADC, por simetria, no âmbito dos estados, mas nem todas o fazem.

O controle difuso de constitucionalidade das políticas públicas é instrumentalizado pela referida Arguição de Inconstitucionalidade (AI), que instrumentaliza o desempenho do



papel *veto player* por ter caráter vinculante com relação aos órgãos vinculantes do tribunal, ou seja, no território do estado.

Contudo, diante da limitação fática de acesso aos dados relativos ao mandado de segurança preventivo, à ADC e à AI, a mensuração do desempenho do papel *veto player* em cada estado pode ser feita pela análise dos dados disponíveis sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) julgadas em face da Constituição Estadual pelos respectivos Tribunais.

### 3.1.3 Índice *veto player* (VP)

A mensuração do papel *veto player* deu-se com base nos dados relativos às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em cada Tribunal de Justiça dos 26 estados analisados e do Distrito Federal, informações obtidas no campo de “consulta de jurisprudência” de seus sítios oficiais. Por meio da construção de uma base de dados completa, indicando a data de julgamento, o número do processo (para posterior conferência da veracidade dos resultados), a ementa e o resultado do julgamento, foi possível extrair as *proxies* que serão seguir apresentadas.

O índice foi dividido em dois subíndices: um que mede a taxa de efetividade da ação e outro que mede a demanda. O primeiro foi construído da seguinte forma:

$$evp = \frac{ADI \text{ procedentes}}{ADI \text{ julgadas}} + \frac{1}{2} \left( \frac{ADI \text{ parcialmente procedentes}}{ADI \text{ julgadas}} \right)$$

assumindo-se que os pedidos julgados parcialmente procedentes concederam somente metade do pedido formulado pelos autores. Desse modo, extrai-se a proporção da atuação efetiva do Tribunal de Justiça como *veto player* com relação ao que lhe foi demandado para o desempenho desse papel. Esse índice pode variar de 0 a 1.

Contudo, a utilização exclusiva dessa *proxy* poderia deturpar os resultados, dado que, com um pequeno número de julgados (baixa demanda), o peso de uma única ação julgada procedente seria muito maior do que se tivesse uma alta demanda. Por exemplo, se um estado que possui somente uma ação direta de inconstitucionalidade julgada no ano e essa tem resultado procedente, seu desempenho será 1 (máximo), mas isso não significa que ela tem alta performance na utilização do papel com relação aos outros estados. Portanto, é necessário que o índice de efetividade seja ponderado com o de demanda.

Esse subíndice de demanda é obtido dividindo-se o número de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no ano sobre o número de habitantes do estado dividido por 100.000 no respectivo ano ( $h_2$ )<sup>17</sup>:

$$dvp = \frac{ADI \text{ julgadas}}{h_2}$$

A partir daí normaliza-se o índice anualmente, dividindo  $dvp$  pelo maior valor encontrado a cada ano. Desse modo, temos que  $0 \ll dvp \ll 1$ .

Enfim, para o cômputo final do índice veto player (VP), somam-se os dois subíndices:

$$VP = evp + dvp$$

### 3.2 Papel *Policy player*

Um segundo papel que o Poder Judiciário possui no processo de produção e implementação de políticas públicas constitui-se na modulação do seu conteúdo, interpretando as leis para determinar seu sentido original e sua aplicabilidade ou reinterpretando-as para se adequarem ao contexto social. É mais usualmente desempenhado quando a lei é ambígua, como, por exemplo, no caso de normas programáticas. Esse papel tem efeitos *erga omnes* e muda o *status quo* jurídico.

Nessa interpretação, as cortes podem tornar algumas questões mais relevantes do que as outras, trazendo-as para o centro de debate político e da sociedade, sobretudo na mídia, podendo expandir sua visibilidade e seus efeitos, o que influencia nas arenas políticas (SOUSA, 2010).

Além disso, o Judiciário pode induzir o Legislativo a tomar medidas corretivas e reformular leis ambíguas ou vagas (omissões legislativas), além de agir como legislador positivo na hipótese da inércia reiterada e injustificada do legislador. Essa postura ativa nos dois casos pode gerar conflitos entre Judiciário e Legislativo, se esse perceber essa atuação como invasão de seus poderes e funções constitucionais. Por isso, esse papel é melhor desempenhado quando há grande interação entre o Judiciário e o Legislativo, motivo pelo qual se deve considerar o ambiente político antes de atuar ativamente (SOUSA, 2010).

Ademais, o Executivo e Legislativo podem pedir auxílio Judiciário para esclarecer algum entendimento ou dar sua opinião antes da promulgação da lei (em audiências públicas e

---

<sup>17</sup> Fonte: Justiça em Números – CNJ.

comissões de notáveis, por exemplo), mesmo que informalmente, como em entrevistas à mídia. Desse modo, a Justiça tem capacidade, ainda que implicitamente, de elaboração de políticas públicas. Seria, inclusive, pertinente a institucionalização dessa comunicação, como ocorre no caso da Justiça Eleitoral, com seu poder consultivo<sup>18</sup> (art. 23, XII e 30, VIII, do Código Eleitoral) (NETO, 2012).

### 3.2.1 Papel *policy player* no Brasil

Como argumentado na seção 3.1.1., a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) também instrumento para o desempenho do papel *policy player*, quando corrige desvios de políticas públicas que tenham gerado ou possam gerar lesão, modificando o modo de atuação do Poder Público. Os mesmos legitimados da ADI podem apresentá-la perante o STF e, se julgada procedente, tem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, devendo o Poder Público proceder ao imediato cumprimento da decisão. No mais, pode haver nessa ação audiências públicas para ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria para esclarecer a questão, caso os Ministros entendam necessário.

Além disso, para o Judiciário induzir o Legislativo e o Executivo a preencher as omissões legislativas o sistema jurídico brasileiro previu dois instrumentos: o mandado de injunção (MI) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

O mandado de injunção, disposto no art. 5º, LXXI, da CF, é um remédio constitucional cabível na falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tal instrumento se presta, no caso, a atuar em situações em que não há política pública que ampara o direito fundamental do indivíduo, sobretudo prerrogativas de cidadania, de modo a impedir o seu exercício.

Trata-se de uma ação constitucional de garantia individual, encaixando-se como um meio de controle difuso. Pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive por uma coletividade (mandado de injunção coletivo), conforme a jurisprudência do STF, pleiteando regulamentação de matéria cuja ausência de regras está inviabilizando a fruição de direitos e liberdades de seus membros.

A competência para julgá-lo é do STF, quando a regulamentação da norma for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Mesa das Câmaras Legislativas, TCU, Tribunais Superiores ou do STF (art.

---

<sup>18</sup> Competência do TSE e dos TREs para responder consultas em tese acerca de tema eleitoral formuladas por autoridades públicas ou partidos políticos.

102, I, “q”, CF). Mas se a atribuição for de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, exceto os de competência dos Tribunais Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal ou do STF, caberá ao STJ julgá-lo (art. 102, II, “a”, CF). Já no âmbito estadual, essa competência de julgar mandados de injunção contra autoridades estaduais e municipais é definida em cada Constituição Estadual, normalmente de competência do respectivo Tribunal Estadual (art. 125, § 1º, CF).

Encaixa-se como meio de intervenção do Judiciário nas políticas públicas no papel *policy player*, pois permite que se pleiteie a fruição de direitos sociais obstados pela falta de norma pela indicação pelo órgão decisório do direito a ser aplicado no caso concreto. Desse modo, é possível que se chame atenção para direitos não contemplados por nenhuma política pública existente.

Analisando-se mais profundamente o tema a respeito dos posicionamentos do Judiciário em relação ao modo de atuação judicial nos mandados de injunção, vislumbram-se quatro visões principais: de que o Judiciário legisla no caso concreto, com efeito *erga omnes*, até que sobrevenha norma integrativa por parte do Legislativo (concretista geral); de que esse ato tem efeito somente *inter partes* (concretista individual direta); de que a atuação ativista deve ser implementada, somente após o esgotamento do prazo para o Legislativo elaborar a norma regulamentadora (concretista individual intermediária) e de que a decisão apenas decreta a mora, reconhecendo formalmente a inércia do Legislativo sem se emprestar ao magistrado qualquer poder legislativo (não concretista).

Dentre todas as posições possíveis, as vertentes concretistas tem sido cada vez mais adotadas, como um desdobramento do processo de judicialização das políticas públicas. Nesse sentido, quanto mais desarrazoada, negligente e desidiosa for a inércia dos outros Poderes, maior a será propensão do Judiciário a se utilizar de uma postura mais próxima ao concretismo, influenciando de modo mais incisivo as políticas públicas analisadas, ou melhor, sua ausência. De todo modo, o Judiciário, ao se utilizar da teoria concretista, deve agir com cautela, calculando cuidadosamente os efeitos da sua atuação como legislador positivo (MENDES, 2014).

Com o mesmo objetivo, mas com pequenas distinções, a Constituição Federal instituiu a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), no seu artigo 103, §2º, e na lei 12.063/09, sendo um outro mecanismo de realização desse papel. Diante da falta de medida regulamentadora de dispositivo da Constituição de eficácia limitada, interpõe-se ADO como meio de torná-lo efetivo. Para maior aproveitamento das demandas, o STF reconheceu ser possível a aplicação da fungibilidade entre ADI e ADO. Também é possível em caso de

omissão parcial e relativa – quando houver necessidade de atualizar o programa normativo dos regulamentos editados, ou ferirem o princípio da isonomia, por deixar de contemplar situações que igualmente deveriam estar incluídas no programa normativo (MENDES, 2014).

Julgada procedente a ADO, será dada ciência ao órgão competente, constituindo-o em mora. Em se tratando de órgão administrativo, deverá editar a norma no prazo de 30 dias (ou em prazo razoável, excepcionalmente), sob pena de responsabilidade, reconhecendo-se uma eficácia mandamental média. Mas se a inconstitucionalidade decorrer de órgão legislativo, a Constituição e a lei não cogitaram sequer o prazo para suprimimento da omissão, limitando tal decisão a uma eficácia mandamental mínima, tendo em vista que há ao menos uma sanção de natureza política. Além do mais, vale ressaltar que o STF não pode suprir de forma alguma a omissão inconstitucional (NOVELINO, 2014).

Os legitimados para sua interposição são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e ela deve ser interposta perante o STF, qualquer que seja o órgão responsável pela emissão, uma vez que se trata de controle concentrado. Em se tratando de inconstitucionalidades com relação às constituições estaduais, essas devem prever a existência desse instrumento nesse âmbito, para que seja julgado pelo Tribunal de Justiça do estado (MENDES, 2014).

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Temos como exemplo os casos de regulamentação por parte do Judiciário do direito de greve dos servidores públicos, da limitação da taxa de juros a 12% ao ano, dentre outros. Novamente, ressalta-se a importância das audiências públicas nessa ação, para que a modulação das políticas públicas se dê em consonância com os interesses sociais e levando-se em conta os fatores técnicos do caso.

Igualmente, a criação do CNJ, com a EC n. 45/2004, tem intensificado a visualização e a discussão de temas jurídicos e sociais polêmicos e que necessitam ser normatizados, gerando insumos democráticos essenciais para a formação de políticas públicas legítimas e estáveis.

### **3.2.2 Papel *policy player* nos estados**

Na Justiça estadual, o desempenho desse papel só pode se dar pelo mandado de injunção e, dependendo do estado, pela ADO, uma vez que a ADPF é de competência exclusiva do STF. Os Tribunais Estaduais também podem promover audiências públicas para

o esclarecimento de controvérsias jurídicas que a ele chegam, mas dados sobre o número de audiências realizadas são de difícil obtenção.

Portanto, para a mensuração do papel *policy player* nos estados utilizar-se-á, por simplificação, diante das limitações de dados, os dados relativos aos mandados de injunção, individuais e coletivos julgados em cada estado em um certo intervalo de tempo.

### 3.2.3 Índice *Policy Player* (PP)

Do mesmo modo, para calcular a incidência do papel de *policy player* nos estados, procede-se à uma ponderação entre efetividade do papel e sua demanda. Agora utilizam-se informações relativas aos mandados de injunção julgados anualmente, informações também disponíveis nos sítios oficiais dos Tribunais. Conforme exposto na fundamentação teórica, o mandado de injunção é um bom “termômetro” para medir o nível de desempenho do papel *policy player*, visto que é a oportunidade em que os magistrados têm de agir como legisladores positivos, modulando a política, por intermédio da aplicação da teoria concretista<sup>19</sup>. Mesmo que não capte todo âmbito de atuação desse papel, o mandado de injunção aponta a propensão de modulação de políticas públicas por cada tribunal.

Da análise feita acima, pode-se estabelecer o subíndice de efetividade do papel *policy player* como sendo a razão entre o número de mandado de injunções julgados segundo a teoria concretista – na qual o Judiciário determina uma norma a ser aplicada por analogia diante da omissão legislativa – sobre o número total de mandados de injunção julgados:

$$epp = \frac{MI \text{ concretistas}}{MI \text{ julgados}}$$

Igualmente, o subíndice de demanda é construído dividindo-se o número total de mandado de injunção julgados no ano pela população do estado dividida por 100.000 ( $h_2$ )<sup>20</sup>:

$$dpp = \frac{MI \text{ julgados}}{h_2}$$

Então dividem-se os valores encontrados pelo maior deles em cada ano, para encontrar o índice normalizado entre 0 e 1.

O desempenho final do papel *policy player*, portanto, é mensurado por:

<sup>19</sup> Qualquer das três vertentes apresentadas na subseção 4.2.1..

<sup>20</sup> Fonte: Justiça em Números – CNJ.

$$PP = epp + dpp$$

### 3.3 Papel *Referee Player*

O papel de árbitro (*referee*) do Judiciário visa assegurar a efetiva implementação das políticas públicas, evitando os problemas de “legislação simbólica”<sup>21</sup>, sobre os quais discorre Marcelo Neves (NEVES, 2007, p. 40-101). Trata-se de uma supervisão da sua eficaz execução, atuando como uma força externa ou um árbitro em acordos envolvendo o governo, demonstrando o poder de coação judicial, ou o termo cunhado no inglês: *enforcement*.

Isso se dá pela fiscalização das atividades administrativas e pela resolução de conflitos do dia a dia envolvendo o Poder Público, que não podem ser resolvidos no âmbito das agências regulatórias ou das próprias partes.

#### 3.3.1 Papel *referee player* no Brasil

No Brasil, esse controle externo da execução das políticas públicas se dá caso a caso, pelo impulso das partes prejudicadas pelo inadimplemento estatal. O eficaz desempenho desse papel pode desincentivar o Legislativo a produzir legislação simbólica, somente para dirimir conflitos políticos e sócias, cujo objetivo implícito é que não venha a produzir efeitos na prática.

Quando as políticas públicas entram em vigência, qualquer pessoa prejudicada pode pleitear judicialmente seu cumprimento, da forma mais eficaz e adequada. Tal atuação pode, segundo estudo de Alston (ALSTON, 2009), diminuir os gastos públicos, déficits fiscais e a corrupção, sendo, pois, indispensável para o crescimento econômico do país. Além disso, cria um ambiente legal seguro para o investimento, onde há previsibilidade quando da promulgação das políticas.

Do mesmo modo, o combate à corrupção e à improbidade administrativa por intermédio de ações judiciais são meios de pressionar os administradores públicos a efetivarem o planejamento orçamentário das políticas públicas, provendo bens públicos, conforme estipulado, ao invés de bens privados. O acompanhamento da destinação dos recursos e a punição dos responsáveis pelo desvio dessas verbas são expressões inequívocas do papel *referee player*.

---

<sup>21</sup> Isso ocorre por meio do estabelecimento de normas que visam apenas confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais por compromissos dilatórios, em lugar de dar-lhes real eficácia.

Além desse meio, há uma grande diversidade de classes de ação que podem ser utilizadas com o mesmo fim de forçar a implementação da política como a ação civil pública, o mandado de segurança individual e coletivo<sup>22</sup>, a ação popular<sup>23</sup> ou mera ação de obrigação de fazer ou não fazer.

### 3.3.2 *Papel referee player para os estados*

Esse controle relativo às políticas públicas estaduais ocorre principalmente no próprio nível da estadual, uma vez que as competências jurisdicionais sobre esse tipo de matéria recaem sobre as Justiças Estaduais e Federal. Entretanto, a última não será tratada no presente artigo por fugir do escopo do estudo e por acabar estendendo com demasia o foco de análise.

Elencar exatamente todos os tipos de ações que podem ser utilizados para se realizar o controle dos atos do Poder Público de acordo com as leis dispõem sobre políticas públicas é um trabalho árduo e muito minucioso, talvez até impraticável diante das inovações processuais criadas pelos advogados. Além disso, as questões processuais nos Tribunais são estabelecidas de forma distinta em cada Constituição Estadual e Regimento Interno, o que também dificulta a coleta dos dados.

Desse modo, como melhor forma de medir esse papel do Judiciário estadual apresenta-se o número de ações que figuram como polo passivo o Poder Público<sup>24</sup>. O ideal seria se obtivéssemos o número desses processos julgados por período, mas o único dado disponibilizado ao público é o número de ações existentes<sup>25</sup> (casos novos e pendentes) no 1º e no 2º grau de cada Justiça Estadual para os anos de 2009 a 2012, ainda assim havendo grande número de omissões de dados para muitos estados.

### 3.3.3 *Índice Referee Player (RP)*

As maiores restrições de dados incidem principalmente nesse papel. Isso porque não foi possível a obtenção de dados que individualizassem as ações em classe, já que o CNJ só possui dados em agregado e as consultas de jurisprudência dos sites dos Tribunais só disponibilizam informações relativas a ações que tramitam no segundo grau (Tribunais de Justiça) – e a maioria das atuações desse papel se dão por meio de ações que se iniciam no

<sup>22</sup> Remédio constitucional destinado à busca da proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação ou reparação de interesses transindividuais (individuais homogêneos ou coletivos).

<sup>23</sup> Cabível contra atos estatais de efeitos concretos não editado sob forma de lei.

<sup>24</sup> Incluem-se Estados, Municípios, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais, Estaduais, Distritais e Municipais

<sup>25</sup> Dados do CNJ de 2009 a 2011.



primeiro grau de jurisdição, como a ação civil pública, mandados de segurança, dentre outros. Por conseguinte, procurou-se construir as *proxies* mais aproximadas possíveis com o desempenho do papel *referee player*.

Para os anos de 2009 a 2012 há dados do CNJ relativos ao número de ações intentadas contra os Estados e Municípios, indicando a grandeza da demanda no Judiciário pela implementação de políticas públicas. Nesse conjunto de dados, há informações faltando para uma série tribunais estaduais no decorrer desses anos, o que prejudica a análise, mas é um problema mitigado com o preenchimento procedido pelo *software* SPSS Statistics® versão 17.0 dos valores faltantes pelo método *Expectation-Maximization algorithm* (ou *EM algorithm*), cuja explicação encontra-se no Anexo.

Assim, somam-se as seguintes variáveis do Justiça em Números: número de casos novos contra o Estado no primeiro grau (*cnce1*) e no segundo grau (*cnce2*); número de casos novos contra o Município no primeiro grau (*cncm1*) e no segundo grau (*cncm2*); número de casos pendentes contra o Estado no primeiro grau (*cpce1*) e no segundo grau (*cpce2*) e o número de casos pendentes contra o Município no primeiro (*cpcm1*) e no segundo grau (*cpcm2*). A partir daí divide-se a soma pela população dividida por 100.000 ( $h_2$ )<sup>26</sup>:

$$RP = \frac{cnce1 + cnce2 + cncm1 + cncm2 + cpce1 + cpce2 + cpcm1 + cpcm2}{h_2}$$

E, enfim, normaliza-se *RP* pelo maior índice do ano. Temos que  $0 \ll RP \ll 1$ .

### 3.4 Papel *alternative societal representative player*

Quando o Poder Judiciário atua como representante alternativo da sociedade para trazer justiça social e representação aos hipossuficientes ou vulneráveis, ele está desempenhando seu quarto papel.

Sem mudar a legislação vigente, alguns juízes, amigáveis à visão do Judiciário como instituição promotora de justiça social e corretora de normas míopes em relação às desigualdades fáticas, tentam, por meio da interpretação diferenciada dessas – ainda que contra a letra da lei (*contra legem*) –, reequilibrar a posição das partes no processo, redistribuindo os recursos legais de modo a favorecer as partes mais hipossuficientes jurídica

---

<sup>26</sup> Fonte: Justiça em Números – CNJ.

e organizacionalmente. Tal conduta acaba por mudar o *status quo* legal e tem efeito *inter partes*. Extrapola-se o âmbito da judicialização para adentrar na seara do ativismo judicial.

“Trata-se da utilização, via interpretação diferenciada das contradições, ambiguidades e lacunas do direito legislado numa ótica democratizante”  
(WOLKMER, 2012)

Além de utilizarem o direito de modo alternativo, promovem um fórum (uma arena política) para defesa dos direitos civis e sociais, sob o princípio da igualdade anterior à lei, tornando alguns conflitos mais salientes que outros. Atuam como a voz de certas camadas da população que, normalmente, não têm acesso efetivo ao ambiente político, desempenhando um verdadeiro papel contramajoritário, o que expande a visibilidade pública desses conflitos para sua reformulação legal e o leque de atores que podem influenciar na implementação de políticas públicas.

Entretanto, a questão que se coloca é que os juízes não são eleitos democraticamente, portanto, não são objeto de *accountability* eleitoral (WALDRON, 2006). Assim, eles não são convencionalmente legítimos representantes da sociedade e, por isso, a denominação de representante alternativo da sociedade.

Ademais, há grande quantidade de especialistas que são contrários a essa atuação, uma vez que ela diminui a segurança jurídica, pois o grau de discricionariedade dos juízes é tão alto que impede que haja previsibilidade sobre o teor da decisão, aumentando sua demanda<sup>27</sup> (GICO, 2010). Isso torna todo processo judicial muito subjetivo e nem sempre equalizador das condições entre as partes, além do fato de que o Judiciário pode ser capturado por grupos de interesse.

### **3.4.1 Papel *alternative societal representative player* no Brasil**

A crença de que o direito é instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados, numa sociedade estratificada como a brasileira, faz com que se descarte o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos juízes, utilizando-se o método histórico-social dialético, pela interpretação jurídico-progressiva, com o fim de levantar as contradições, omissões e incoerências do sistema legal (WOLKMER, 2012).

---

27 Maior probabilidade de obter decisão favorável apesar de não ter direito segundo a interpretação da lei estritamente.

Ocorre mais frequentemente nas áreas trabalhistas, ambientais, previdenciárias, de regulação de serviços públicos, operações de crédito e relações de consumo.

No Brasil, somente na segunda metade dos anos 80 o movimento dos juízes adeptos ao uso alternativo do direito começaria a se solidificar e se institucionalizar, iniciando-se no Rio Grande do Sul<sup>28</sup>. Esse processo se desenvolveu e ganhou mais adeptos desde então, com expoentes como Sérgio Gischow Pereira.

Segundo Amilton Carvalho, o uso alternativo do direito seria a procura de um instrumental teórico e prático a ser utilizado por profissionais que desejam colocar seu saber a serviço da “emancipação popular”. Segundo o autor, a América Latina viveria uma “incipiente democratização”, o que faria com que o direito se tornasse indispensável instrumento para que as classes populares resistissem à dominação. Nesse contexto, o Judiciário deveria ser uma arena democrática, disponível aos cidadãos para que lutassem por seus direitos como, por exemplo, os aposentados na luta por reajustes em proventos ou mutuários prejudicados no Sistema Financeiro de habitação (GUANABARA, 1996).

Hoje há uma grande corrente de juízes que se utilizam dessa linha de pensamento, principalmente, os de primeira instância, uma vez que as instâncias superiores tendem a seguir linhas jurisprudenciais mais conservadoras. Grandes tem sido os reflexos da aplicação dessa teoria, por vezes bons; por outras, não, mas que, sem dúvida repercutem na esfera do processo de produção de políticas públicas. Em uma pesquisa realizada nos juízos e tribunais constatou que 73,1% dos magistrados acreditam que é possível que se tomem decisões que violem os contratos com objetivo de buscar a justiça social (ZYLBERSZTAJN, STAJN, 2005).

Isso faz com que os contratos se tornem mais incerto, pois podem ou não ser respeitados pelos juízes, dependendo da forma com que ele encara a não-neutralidade e a posição relativa das partes, tornando as transações mais arriscadas<sup>29</sup>. Nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esse segmento menos privilegiados são penalizados com prêmios de risco mais altos ou até pela não inserção no mercado.

---

<sup>28</sup> Em 1986, ocorreu o congresso da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, quando se reuniram para coletar sugestões para a Constituinte no ano seguinte. Houve grande convergência do ponto de vista dos juízes em relação às ideias do atual uso alternativo do direito, sugerindo-se até a realização de eleições diretas para desembargadores e presidentes de Tribunais.

<sup>29</sup> Prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguei e preços em geral.

### 3.4.2 Papel *alternative societal representative* nos estados

Uma forma de se medir essa atuação do Judiciário de cada estado como representante alternativo da sociedade é pela proporção de recursos interpostos contra decisões dos magistrados que são julgados procedentes no sentido de reverter a decisão da instância inferior, demonstrando que o órgão revisor hierárquico não concorda com a forma como está sendo interpretado a norma no caso concreto, por primar pela legalidade.

### 3.4.3 Índice *Alternative Societal Representative Player (ASP)*

A última das quatro estatísticas que constroem o índice final trata-se da mensuração do quanto cada Justiça Estadual atua como representante alternativo da sociedade, interpretando a lei de forma anômala para realizar justiça social entre as partes. Com esse objetivo, e levando-se em conta a dificuldade fática de medir o desempenho desse papel, utilizamos as estatísticas que expõe o índice de reversibilidade das decisões de primeiro grau (rd1) e no segundo grau (rd2) em cada ano – proporção de recursos interpostos contra decisões de primeiro e segundo graus em que se decidiu pela reversão da sentença, ainda que parcialmente, em relação ao número total de recursos interpostos às respectivas instâncias –, do Justiça em Números (CNJ) ( $0 \ll rd1, rd2 \ll 1$ ).

Como também há grande defasagem de dados, decidiu-se pelo uso da média quando houver as duas estatísticas:

$$ASP = \frac{rd1 + rd2}{2}$$

e somente uma delas, quando não houver as duas:

$$ASP = rd1 \text{ ou } ASP = rd2$$

Contudo, ainda permanecem sem índice os estados em que não existe informações nem sobre rd1 nem sobre rd2. Havendo ASP, dividir-se-á o índice pelo maior valor encontrado a cada ano, normalizando-o ( $0 \ll ASP \ll 1$ ).

Decidiu-se pela utilização dessa variável, porque presume-se que as instâncias superiores tendem a seguir entendimentos mais uniformizados e consoantes com o sentido original das legislações, reformando, portanto, grande parte das ações julgadas pelos magistrados com o ímpeto de desempenhar o papel de *alternative societal representative player*. Pelos argumentos aventados na seção 3.4.1., espera-se que esse índice ASP tenha correlação negativa com o IDH.

### 3.5 Índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP)

O índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP) consubstancia-se no somatório do desempenho dos quatro papéis acima apresentados, ponderados igualmente pelo fato de não haver possibilidade de minucioso estabelecimento das participações relativas de cada papel. Assim sendo, temos:

$$IJEPP = VP + PP + RP + ASP$$

Novamente, vale destacar que a análise empírica limita-se ao período de 2009 a 2012, em face da disponibilidade dos dados do Programa Justiça em Números limitarem-se a esses anos.

### 3.6 Índice de Desenvolvimento Humano

Como meio de se verificar o bem-estar social de cada estado, assim expresso no resultado líquido entre custos e benefícios sociais das decisões judiciais que se imiscuem em políticas públicas, dentre outros fatores, utiliza-se o Índice de Desenvolvimento Humano desses estados, disponibilizado pelo PNUD para os anos de 2005, 2010 e 2013.

Utilizando-se a técnica da polarização de índices, é possível obter-se tais valores para todos os anos entre 2009 e 2012, para se proceder à análise frente ao IJEPP.

### 3.7 Resultados

Coletados e tratados os dados para os anos de 2009 a 2012, obtiveram-se os resultados das mensurações para os anos individualmente e para o período como um todo.

Optou-se por dividir em três níveis o desempenho do índice IJEPP:

- Alto – maior que 0,4 (em verde)
- Médio – entre 0,4 e 0,4 (em amarelo)
- Baixo – menor que 0,2 (em vermelho)

Tais parâmetros foram estabelecidos tendo-se em vista que os valores máximos do IJEPP giram em torno de 0,6. Desse modo, os três níveis representam intervalos de valores igualmente divididos.

No ano de 2009, o índice IJEPP de todos os estados foi relativamente baixo em relação aos demais anos, obtendo alta performance apenas o Poder Judiciário do Rio Grande do Sul. No mesmo ano, o cálculo da correlação entre os valores do IJEPP e do IDH chegou ao valor de 0,67, o que demonstra correlação positiva e significativa entre os índices.

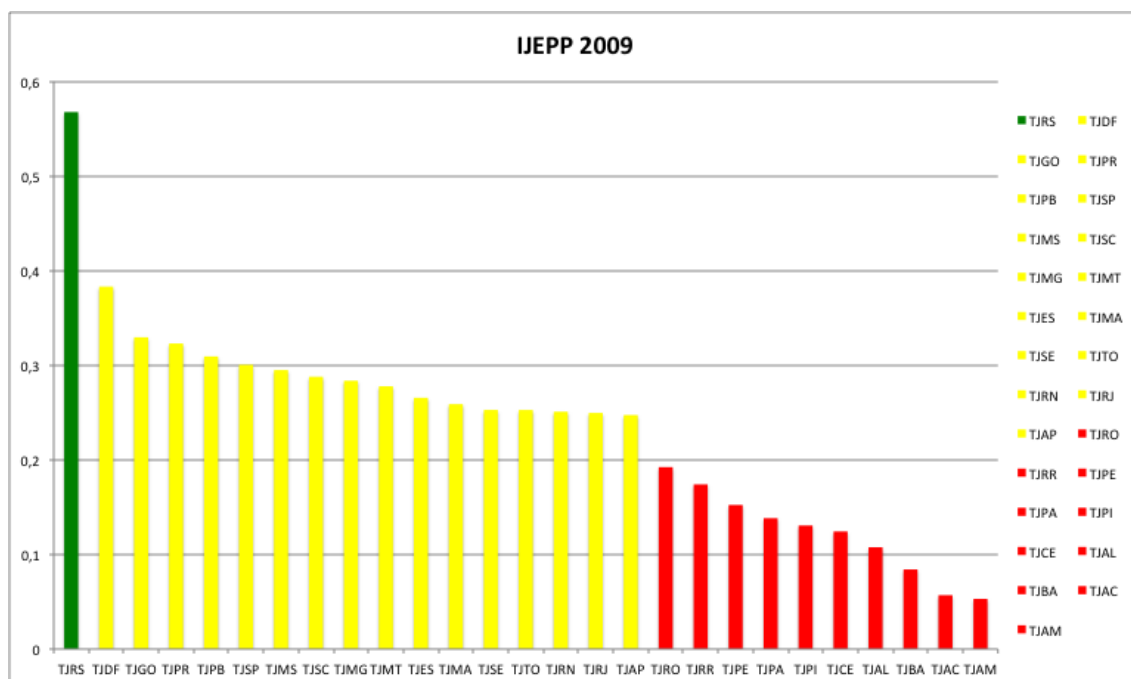


Figura 2 – IJEPP 2009

O ano de 2010 foi marcado por uma notória expansão dos quatro papéis nos estados brasileiros como um todo, demonstrando um fenômeno ou nexos causal que afetou a todos. Supõe o estudo que o incremento nesses valores decorre da reação dos magistrados ao controle processual instaurado pelo CNJ em seu projeto Justiça em Números, iniciado em 2009. Como se espera com o incremento de intervenções judiciais apresentado na tese do estudo, a correlação entre IJEPP e IDH permaneceu positivo, mas diminuiu com relação ao ano anterior, com o valor de 0,62.

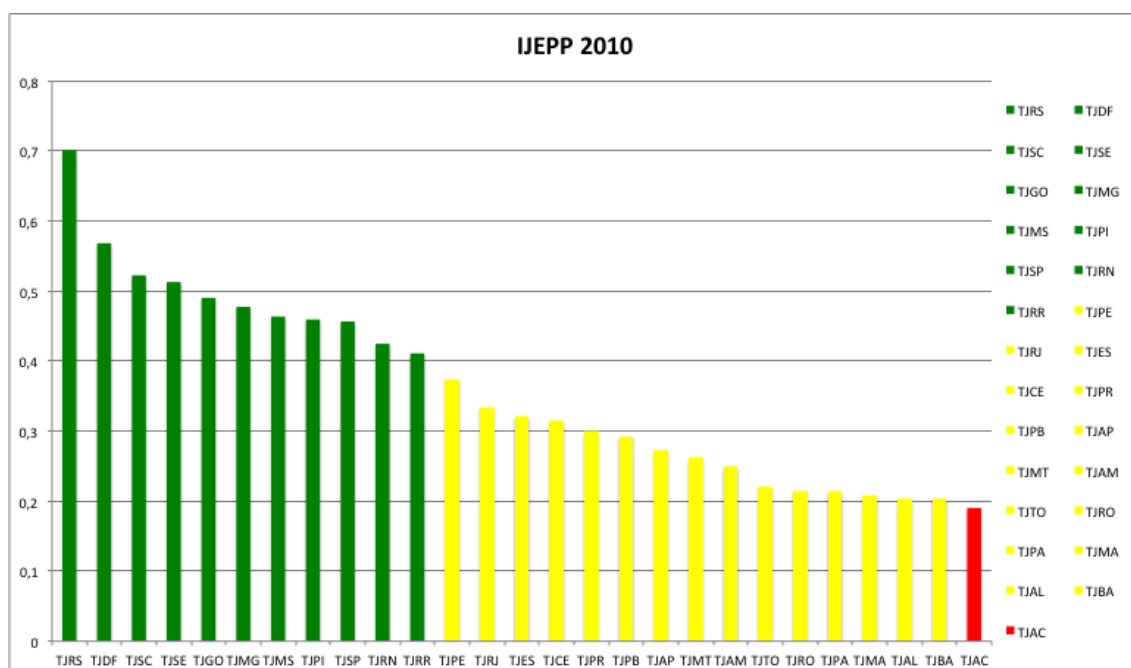


Figura 3 – IJEPP 2010

Em 2011, a explosão de provimentos intervindo no âmbito das políticas públicas estabilizou-se, alcançando, ainda, valor de correlação similar à do ano anterior: 0,63. Ponto notável é que o desempenho dos estados nesse ano distribuiu-se igualmente entre os três níveis estabelecidos.

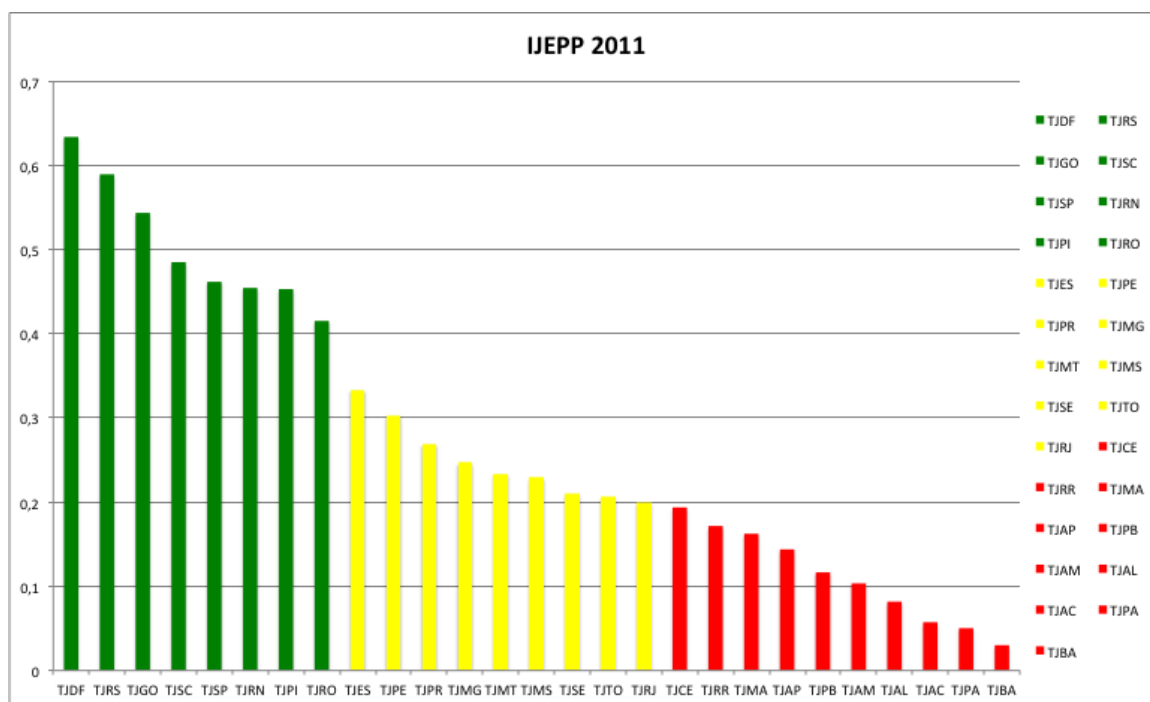


Figura 4 – IJEPP 2011

Enfim, o ano de 2012, obteve valores para os estados similares ao ano de 2011, havendo apenas uma leve alteração no ranking entre eles. Contudo, o valor encontrado para a correlação entre IJEPP e o IDH foi de 0,47, indicando uma queda da força explicativa destas variáveis. Ou seja, em 2012 os valores de IJEPP dos estados espelharam em menor medida os índices de bem-estar social para o mesmo ano, o que representa uma maior aproximação ao ponto I\* da figura 1 (p. 15).

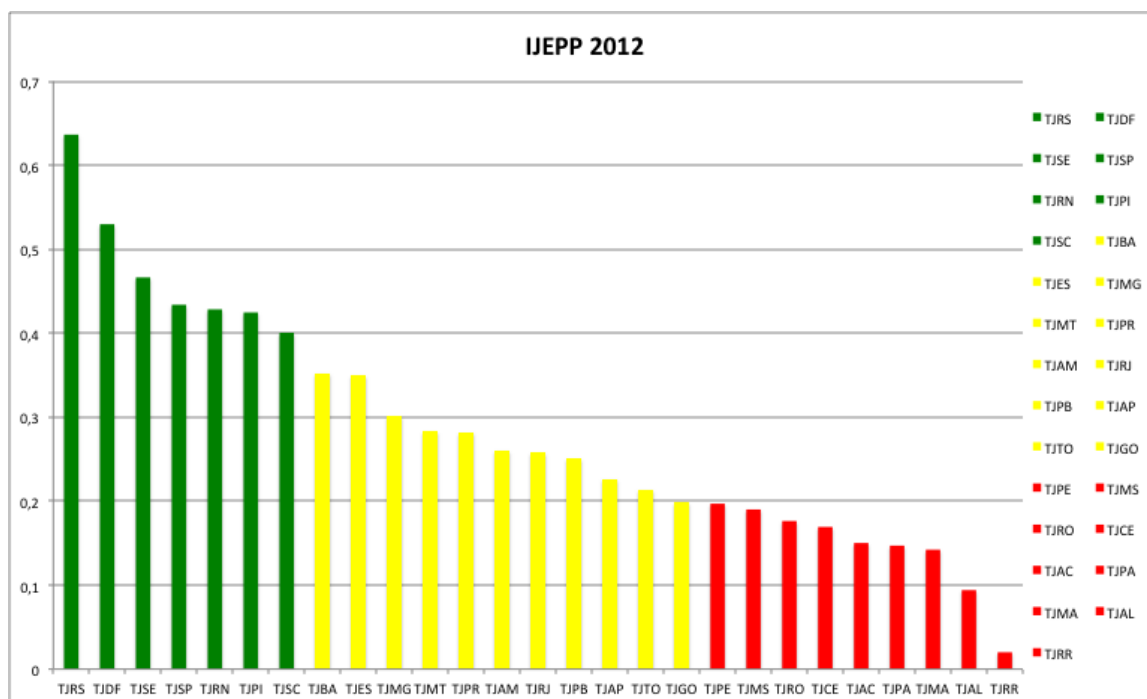


Figura 5 – IJEPP 2012

Portanto, essa tendência de queda nos valores de correlação no decorrer dos anos é um forte indício de que as Justiças Estaduais ainda se encontram no nível em que suas decisões no campo das políticas públicas aumenta mais do que diminui o bem estar social, mas encaminham-se a cada vez mais ao ponto de inflexão I\*, a partir do qual essas decisões passarão a produzir efeitos negativos sobre o bem-estar social e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do ente federativo.

Apresenta-se a seguir o desempenho do índice IJEPP para o inteiro período de 2009 a 2012, o qual permitirá realizar a análise líquida do período, afastando impactos conjunturais, como o de 2010:



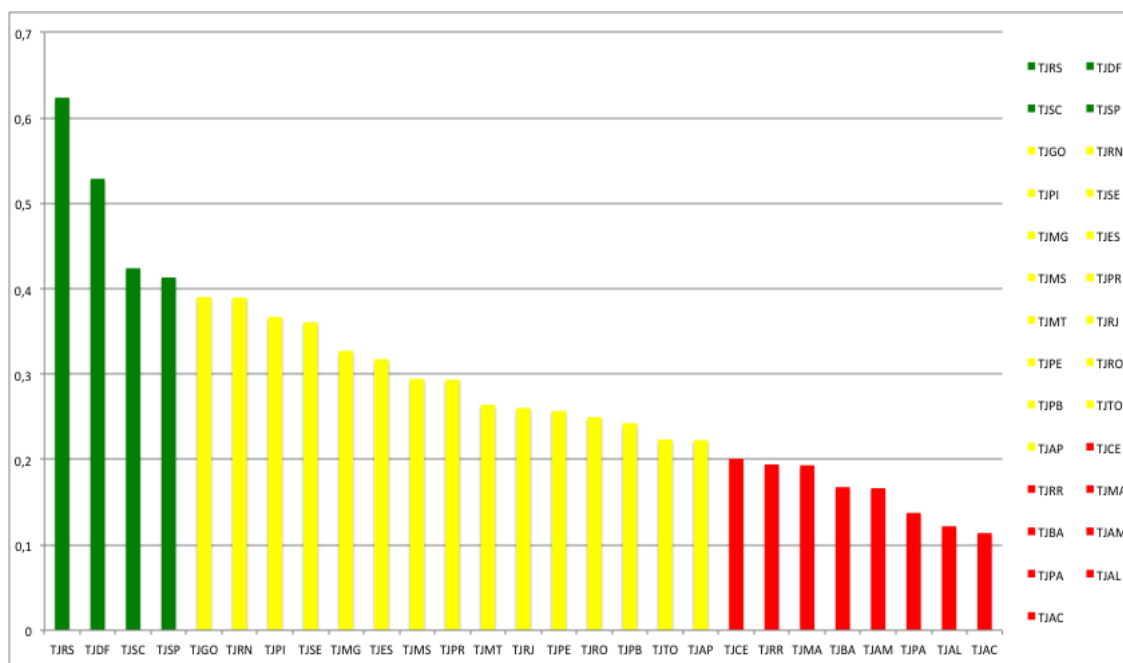


Figura 6 – IJEPP 2009-2012

Como se observa, há uma concentração do desempenho dos estados em torno dos valores de 0,2 a 0,4 do IJEPP. E, como se esperava, o Rio Grande do Sul obteve o primeiro lugar no ranking, confirmando seu histórico engajamento na produção e implementação de políticas públicas. Quanto ao TJDF, levanta-se que esse alto nível de intervenção nas políticas públicas reflete a baixa qualidade da produção legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal, que produz diversas políticas públicas inconstitucionais ou deixa de produzi-las e o Executivo de implementá-las em diversas ocasiões.

Observa-se também que os estados com os mais baixos desempenhos foram todos do Nordeste e Norte do País, talvez representando sua insuficiência institucional e o fraco aparelhamento material para desempenhar esses papéis.

Para melhor ilustrar a alta correlação entre o índice IJEPP e o IDH, apresenta-se o seguinte gráfico com os valores de IDH<sup>30</sup> de cada estado, colorindo cada um deles de acordo com sua performance no índice IJEPP. Observe-se:

<sup>30</sup> Utilizou-se o valor médio do IDH para os anos de 2009 a 2012.

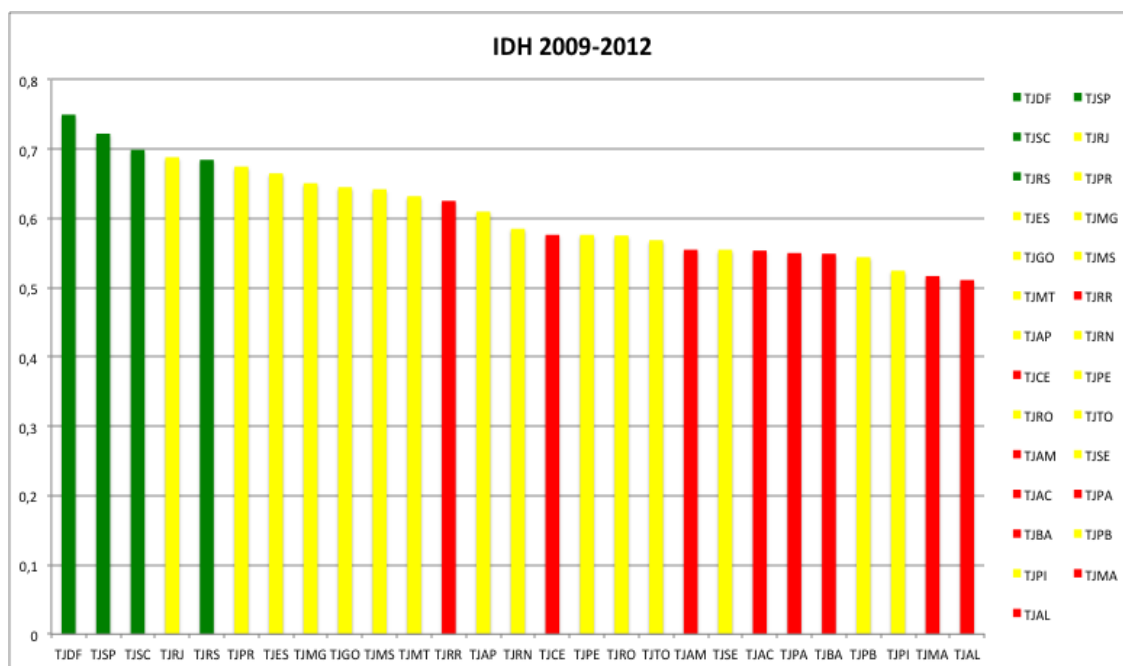


Figura 7 – IDH x IJEPP

Deste gráfico fica clara a forte relação entre os dois indicadores e, portanto, entre os dois fenômenos – a judicialização das políticas públicas e o desenvolvimento econômico. Não há como indicar com precisão qual a relação de causalidade entre eles, visto que alto desenvolvimento pode contribuir para a maior conscientização da população a respeito dos seus direitos frente ao Estado, pleiteando-os perante o Judiciário, ao mesmo tempo que uma maior judicialização das políticas públicas, dentro dos limites aqui estabelecidos, pode propiciar uma maior qualidade e efetividade dessas, gerando maior desenvolvimento.

Todavia, inequívoco é que essa intervenção ainda tem sido benéfica durante todo esse período, encontrando-se, pois, em estágio de intervenção anterior ao ponto I\* da figura 1, aproximando-se, porém, a cada vez mais desse.

Nota-se, principalmente, que praticamente todos os estados com maior IDH apresentam alto desempenho do índice IJEPP, enquanto que a maioria dos estados com menor IDH têm baixos valores desse indicador de intervenção.

## CONCLUSÃO

O presente estudo, após investigar o fenômeno da judicialização das políticas públicas e os fatores que lhe conferem legitimidade, se propôs a analisar os limites à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade, perspectiva essa não utilizada convencionalmente pelos autores que tratam do tema, mas que se mostrou bastante adequada e pertinente, se combinada com ferramentas processuais inovadoras que ampliem o máximo o nível de cognição do processo. A partir daí, mensurou-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2012, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo.

Das análises feitas pelo presente estudo, constatou-se que:

1. O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um fato incontestável na realidade brasileira, fruto de uma série de fatores conjunturais, políticos, paradigmáticos e legais, ao qual as instituições devem se adaptar, para que se desenvolva da forma mais democrática possível;
2. Sob a ótica da legitimidade, ressalta-se o papel do Poder Judiciário na melhora da qualidade e da legalidade das políticas públicas (MENDES, 2011), que somente se consolida em um ambiente jurídico-pluralístico-discursivo de inclusão de agentes interessados excluídos no processo político pela regra da maioria, garantindo ampla e constante fiscalização e contestação dos atos estatais nos moldes do discurso procedimentalizado (HABERMAS, 1997);
3. Atualmente, o descompromisso e o descaso dos partidos, dos parlamentares e do Executivo com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais;
4. É indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, ainda que por meio de intervenção judicial; de todo modo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se colocam perante o Poder Público em condições

de igualdade frente aos demais, nem gerar ineficiências em termos de bem-estar social. Assim, deve-se estabelecer limites claros a essa atuação;

5. A discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais<sup>31</sup> construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2013). Contudo, tais parâmetros são dotados de definição fluida e subjetiva no caso concreto, motivo pelo qual se deve procurar estabelecer limitações mais objetivas, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes e da igualdade além de gerar grandes malefícios à sociedade;
6. A análise econômica de benefícios e custos marginais da intervenção das decisões judiciais nas políticas públicas é solução hábil a nortear a atuação dos magistrados para que suas decisões efetivamente tragam aumento de bem-estar social, perspectiva essa que se mostrou útil e inovadora. Além disso, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial, retomando o ideal de um novo processo, capaz de instrumentalizar as pretensões das partes que litigam em ações em que se discutem políticas públicas;
7. Quanto à análise empírica do nível de intervenção das Justiças Estaduais nas políticas públicas nos anos de 2009 a 2012, os estudos realizados permitiram verificar que no Brasil:
  - a. Houve uma grande expansão do índice IJEPP do ano de 2009 para o de 2010, indicando um estímulo à produtividade dado pela sistematização de dados procedida pelo CNJ a partir de 2009;
  - b. A intervenção decorrente da atividade judicial desses órgãos judiciais ainda não alcançou os limites aqui propostos, gerando ainda benefícios líquidos em âmbito estadual, ou seja, a intervenção das Justiças estaduais ainda tem contribuído para melhorar o acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação e trabalho, sem afetar de forma desastrosa o planejamento orçamentário das políticas públicas planejado pelo Executivo e Legislativo
  - c. Contudo, tal intervenção está caminhando para atingir os referidos limites, uma vez que há uma progressiva diminuição dos valores de correlação

---

<sup>31</sup> Sobretudo, a ADPF nº 45.

encontrados entre o índice IJEPP e o IDH estadual. Desse modo, esses efeitos positivos não subsistirão se esse processo não for freado.

Portanto, tais indícios servem de alerta para que se tenha cautela ao intervir no âmbito das políticas públicas, procurando considerar da forma mais abrangente os custos e benefícios globais do seu provimento. Assim, extrai-se que o cenário das políticas públicas brasileiras ainda necessita da intervenção do Poder Judiciário, mas essa deve ser adequada, o que só será possível por meio de um novo modelo de processo, mais atencioso às demandas sociais envolvidas no caso concreto.

Expressiva é a evolução no estado das artes pela mensuração apurada da intervenção do Judiciário nas políticas públicas e pela observação de sua relação causal com o IDH, análise inédita para a realidade brasileira. De todo modo, há diversos aspectos da pesquisa que necessitam ser aprimorados por estudos futuros, refinando cada vez mais a análise desse fenômeno. Aqui cabe o apelo por uma maior sistematização dos dados sobre as Justiças Estaduais pelo CNJ e pelos próprios órgãos estaduais, ponto de significativa restrição do trabalho. Assim sendo, novos estudos devem expandir tal análise e buscar aplicação empírica cada vez mais condizente com a realidade para melhor vislumbrar os impactos dessa atuação.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The storrs lectures: discovering the constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.
- \_\_\_\_\_. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, p. 635-725, jan 2000.
- ALEX, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALSTON, Lee J. *A framework for understanding the new institutional economics*. Dept. of Economics, University of Illinois, 2009.
- ALSTON, Lee J.; MELO, Marcus André; MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. *The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*. LASA. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. N. 15, 2007, p. 1-31.
- BARREIRAS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da OAB*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 28.7.2013.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional* – tomo II. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BESLEY, Timothy; PERSSON, T.; STURM, D. Political Competition and Economic Performance: Theory and Evidence from the United States. *London School of Economics working paper*, 2005.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Bobbs-Merrill, 1962.
- \_\_\_\_\_. *The morality of consent*, New Haven: Yale University Press, 1975.
- BUCCI, Maria P. D. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1997, Pp. 89-98. Disponível no endereço: <[http://ftp.unisc.br/porta1/upload/com\\_arquivo/politicas\\_publicas\\_e\\_direito\\_administrativo.pdf](http://ftp.unisc.br/porta1/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf)>, acesso em 31/03/2014.

- BURGO, Victor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp. 73-93.
- CALVO, E.; MURILLO; M.V.. Who Delivers? Partisan Clients in the Argentine Electoral Market, *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 4, 2004, p. 742–757.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO. M. F. The courts, law and democracy in Brazil. *International Social Science Journal*, v. 152, p. 241-252, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CHAVES, Terezinha Ribeiro. *A efetividade do processo no estado de direito democrático*, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmatica constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a National Policymaker. *Journal of Public Law*, v. 6, 1957.
- DWORKIN, Ronald. Equality, democracy and Constitution: we the people in court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.
- ELY, John Hart. Toward a representation – reinforcing mode of judicial review. *Maryland Law Review*, v. 37, 1977.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 780. Título Original: Istituzioni di diritto processuale.
- FREEMAN, Samuel. Constitutional democracy and the legitimacy of judicial review. *Law and Philosophy*, v.9, n. 4, 1990.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FISS, Owen M. between supremacy and exclusivity. *Faculty Scholarship Series*, n. 1311, 2007.

GICO, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, p. 7-33, 2010.

\_\_\_\_\_. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e subutilização e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 94-125.

\_\_\_\_\_. “Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, in *Revista Forense*, n. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997)

HAMMERGREN, Linn. Fifteen Years of Judicial Reform in Latin America: Where We Are and Why We Haven't Made More Progress. *USAID Global Center for Democracy and Governance*, Washington, DC, 2002. Disponível em: <<http://undp-pogar.org/publications/judiciary/linn2/index.html#intro>>

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradoxo f democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Ed.). *Constitutionalism and democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

JACOB, Cesar Augusto Alkmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as advicegivers. *Standfor Law Review*, v. 50, 1997.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANEZ, Florencio; POP-ELECHES, Cristian; SHIEFER. Judicial checks and balances. *Journal of Political Economy*, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LUHMANN, Nikolas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.



- MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação democrática*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEGUIN, Fernando B. *Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?* 2014. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-de-intervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>>, acessado em 7 de abril de 2014.
- MICHELMAN, Frank. Traces of self-government. *Havard Law Review*, v. 100, 1986.
- MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Nova Iorque: Oxford World Classics, 1998.
- NEVES, Marcelo A. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (coleção Justiça e Direito).
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.
- PENNA, Saulo Versiani. *A decisão de efeito vinculante na teoria do processo jurídico contemporâneo: a sua legitimidade sob o paradigma do Estado de direito democrático*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.
- PETTIT, Phillip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean Cristophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Landy, 2003.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.
- REMMER, Karen. The Political Economy of Patronage: Expenditure Patterns in the Argentine Provinces, 1983-2003, *The Journal of Politics*, Volume 69, Issue 2, 2007.
- SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1-32.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: entre o ativismo e a inação judicial. In: FELLET, André L. F.; PAULA, Daniel G.; NOVELINO,

Marcelo (orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. 1<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 643-682.

SOUSA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010.

Disponível em: <LT1[http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub\\_id=idb-bk-101](http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=idb-bk-101)>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

SUSTEIN, Cass. *One case at a time: Judicial minimalismo on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

STONE-SWEET, Alec; MATHEWS, Jud. Proportionalty Balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, n. 1, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#\\_ftn1\\_7788](http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788). Acesso em: jun 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. Nova Iorque: University Press, 1998.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TSEBELIS, George. Decisionmaking in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism, Multipartyism. *British Journal of Political Science*, 25(3): 289–325, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Audiências públicas e ativismo judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum Ltda, 2012, p. 62.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional da políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.

WHITTINGTON, Keith. James Madison has left the building: a review of J. Mitchell Pickerill, constitutional deliberation in Congress. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, 2005.

WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, p. 745-752, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado democrático constitucional. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 309-332.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

## ANEXO

### Substituição de valores faltantes

O *software* SPSS Statistics® versão 17.0 permite que se proceda a uma operação preenchimento de valores faltantes em uma amostra, com a obtenção de estimadores de máxima verossimilhança por meio do *Expectation-Maximization algorithm* (ou *EM algorithm*). Esse método se desdobra em dois passos: o primeiro – *E-step* – estimam-se as variâncias, covariâncias e as médias, passando-se a utilizar essas estimações para criar a equação de regressão que prediz os valores faltantes; o segundo passo – *M-step* – consiste em utilizar as equações para preencher as tais valores, calculando quais seriam as variâncias e as covariâncias se não se passasse por esse papel. Então retorna-se ao passo 1 com as novas médias e covariâncias, para construir novamente equações de regressão para se encaixar nos dados. Volta-se ao passo 2 e assim por diante, até que o sistema se estabilize, momento em que ter-se-á as médias e covariâncias necessárias para qualquer forma de dado subsequente (HOWELL,2013).

Todo esse processo é feito automaticamente pelo software, resultando na construção de um conjunto de dados completo (sem valores faltantes) e sem valores enviesados, pronto para realização da análise de clusters.